

Arbeidsgivers plikt til å legge til rette for intern varsling

Særlig om forholdet mellom §§3-6 og 3-1; ”i tilknytning til det systematiske helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidet”

Kandidatnr: 138307

Leveringsfrist: 10.12.2010

Til sammen 13567 ord

Veileder: Birthe Taraldset

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING.....</u>	<u>1</u>
1.1	OM EMNET.....	1
1.2	HISTORIKK.....	3
1.3	VARSLING.....	5
1.3.1	RETTE TIL Å VARSLE	5
1.3.2	FORBUD MOT GJENGJELDELSER	6
1.3.3	ARBEIDSGIVERS PLIKT TIL Å LEGGE TIL RETTE FOR VARSLING	8
1.4	HELSE, MILJØ OG SIKKERHET	9
1.5	PROBLEMSTILLING.....	11
1.6	VEIEN VIDERE	12
<u>2</u>	<u>FORMÅL OG HENSYN BAK §§ 3-6 OG 3-1</u>	<u>12</u>
2.1	FORMÅL OG HENSYN BAK VARSLINGSREGLERNE GENERELT.....	12
2.1.1	STYRKING AV ANSATTES YTRINGSFRIHET	12
2.1.2	KLARLEGGE RETTSTILSTANDEN PÅ OMRÅDET	13
2.1.3	VIRKEMIDDEL FOR Å AVDEKKE OG FOREBYGGE KRITIKKVERDIGE FORHOLD	13
2.1.4	VERN AV VARSLEREN.....	13
2.2	FORMÅL OG HENSYN BAK ARBEIDSMILJØLOVEN § 3-6.....	14
2.2.1	LEGGE FORHOLDENE TIL RETTE FOR ET GODT YTRINGSKLIMA	14
2.2.2	AVDEKKING AV KRITIKKVERDIGE FORHOLD	15
2.2.3	ØKT BEVISSTHET, FORUTBEREGNELIGHET OG FOREBYGGING.....	15
2.3	FORMÅL OG HENSYN BAK ARBEIDSMILJØLOVEN § 3-1.....	16
2.3.1	HELSE, MILJØ OG SIKKERHET: VIRKEMIDDEL FOR Å FREMME ET INKLUDERENDE ARBEIDSLIV	16
2.3.2	TRYGGHET MOT FYSISKE OG PSYKISKE SKADEVIRKNINGER	17
<u>3</u>	<u>DE GRUNNLEGGENDE KRAV ETTER §§ 3-1 OG 3-6.....</u>	<u>18</u>
3.1	ARBEIDSMILJØLOVEN § 3-1	18
3.1.1	FORETA RISIKOVURDERING.....	19
3.1.2	ETABLERING AV SYSTEM FOR INTERNKONTROLL	20

3.1.3	KRAV TIL DOKUMENTASJON	21
3.2	ARBEIDSMILJØLOVEN § 3-6	22
3.2.1	ARBEIDSGIVER	22
3.2.2	PLIKT TIL Å LEGGE TIL RETTE FOR VARSLING ”DERSOM FORHOLDENE TILSIER DET”	23
3.2.3	I TILKNYTNING TIL DET SYSTEMATISKE HELSE-, MILJØ- OG SIKKERHETSARBEID	25
3.2.4	RUTINER OG ANDRE TILTAK.....	25
3.2.5	INTERN VARSLING	27
<u>4</u>	<u>FORHOLDET MELLOM §§ 3-6 OG 3-1.....</u>	<u>29</u>
4.1	”[I] TILKNYTNING TIL DET SYSTEMATISKE HELSE-, MILJØ- OG SIKKERHETSARBEIDET”	29
4.1.1	HVA LIGGER I VILKÅRET	29
4.1.2	HVORFOR TO BESTEMMELSER?.....	36
4.1.3	ANVENDELSESOMRÅDET – HVEM SKAL DET LEGGES TIL RETTE FOR VARSLING FOR?...	36
4.1.4	ARTEN AV REGELVERKET	39
4.2	NÆRMERE OM KRAVENE TIL METODIKK VED TILRETTELEGGING FOR VARSLING	40
4.2.1	INNLEDNING	40
4.2.2	RISIKOVURDERING OG ETABLERING AV RUTINER.....	40
4.2.3	KRAV OM DOKUMENTASJON	42
<u>5</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>43</u>
5.1	ER RETTSTILSTANDEN TILSTREKKELIG KLARLAGT?	43
5.2	DOMSTOLENES PÅVIRKNING AV FORSTÅElsen AV § 3-6.....	44
5.3	BEHOV FOR EVALUERING AV VARSLINGSINSTITUTTET?	45
<u>6</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>46</u>

1 Innledning

1.1 Om emnet

I de senere år har det i media og i rettsvesenet vært oppe en rekke saker knyttet til varsling. Noen eksempler er den såkalte ”*Siemens-saken*” der Per-Yngve Monsen, ansatt som divisjonsøkonom i Siemens Business Services AS, hadde meldt fra internt til ledelsen og Siemens AG i Tyskland at virksomheten hadde overfakturert Forsvaret i strid med den avtale som forelå, og at dette var blitt holdt skjult i regnskapet.¹

Varslingen ble avvist av ledelsen, og det ble startet en heksejakt på Monsen som ender med at han får sparken. I retten vinner imidlertid Monsen frem. Oppsigelsen ble funnet ugyldig og retten fant det sannsynliggjort at den egentlige årsak til oppsigelsen var at Monsen hadde varslet til Siemens i Tyskland.² En annen sak er den såkalte ”*BAHR-saken*”, som muligens er en av Norges mest kjente varsler-saker. Daværende direktør i advokatfirmaet BA-HR, Kari Breirem, nektet å underskrive en falsk faktura pålydende 1,5 millioner kroner som skulle gå til Tore Tønne som betaling for det rådgivningsarbeidet Tønne hadde gjort for Kjell Inge Røkke i anledning hans oppkjøp av Kværner. Fakturaen, som i realiteten var et ”suksesshonorar”, skulle skjule Tønnes innblanding i oppkjøpet av Kværner. Breirem ble avskjediget fra firmaet og hennes person ble forsøkt svertet på det groveste av advokatfirmaet.³ Breirem gikk fra å være en ansett medarbeider i advokatfirmaet til å bli anklaget for å være en tyster og inkompetent leder. I dag omtales imidlertid Breirem som en varsler.

¹ Se TOSLO-2004-99016.

² Se også <http://www.aftenposten.no/okonomi/innland/article3893756.ece>, der siste slaget om Siemens står, bedragerisaken der Siemens Business Services AS står tiltalt for grovt bedrageri av 60 mill. kr. Det er satt av 10 uker til saken som startet 08.11.2010.

³ Se ”På BA-HR bakke En varslers historie” av Kari Breirem.

Å varsle er en rett for arbeidstakerne, og den er slått fast i arbeidsmiljøloven § 2-4 første ledd. Det eksisterer ingen legaldefinisjon på det å varsle, men det å varsle og å være en varslar, benyttes som regel som bestegnelser på situasjoner hvor en ansatt arbeidstaker sier i fra om ”kritikkverdige forhold” i virksomheten vedkommende er ansatt i, jfr. arbeidsmiljøloven § 2-4 første ledd. Hva som er ”kritikkverdige forhold” er for eksempel forhold som representerer en fare for sikkerheten til arbeidstakerne, økonomisk kriminalitet samt om det foregår mobbing eller diskriminering på arbeidsplassen.

Arbeidsmiljøloven § 3-6 fastsetter en plikt for arbeidsgiver til å legge til rette for varsling. Det er avgjørende at den enkelte virksomhet både etablerer et system for varsling og at det gis uttrykk for at det er ansett som positivt at arbeidstakere varsler. Dette vil kunne bidra til et arbeidsmiljø der det å varsle er en selvfølge.⁴ Dersom en skal kunne klare å etablere en kultur der arbeidstakerne tør å si i fra om kritikkverdige forhold, må kunnskapen om risiko- og sikkerhetsspørsmål styrkes. I tillegg må det etableres klare rutiner blant annet for hva det kan varsles om, hvem det skal varsles til og hvordan man skal gå frem.

Tiltak som legger forholdene til rette for varsling vil gi de ansatte et signal om at virksomheten tar ansattes ytringsfrihet- og varslingsrett på alvor. Et slikt signal kan medføre at de ansatte blir mer tilbøyelig til å komme med kritiske ytringer. Dette vil igjen føre til at arbeidsgiver har mulighet til å avdekke og ikke minst ta tak i ”kritikkverdige forhold”.⁵

Plikten til å legge til rette for varsling skal i henhold til arbeidsmiljøloven § 3-6 gjøres ”i tilknytning til det systematiske helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidet” etter samme lovs § 3-1. Arbeidsmiljøloven § 3-1 oppregner krav til arbeidsgiver som skal sikre at hensynet til arbeidstakers helse-, miljø- og sikkerhet ivaretas. Den stiller også krav til hvordan

⁴ Jfr Jakhelln 2004, side 109.

⁵ Jfr Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) side 46.

hensynet spesifikt skal ivaretas. Henvisningen i § 3-6 til det systematiske helse- miljø- og sikkerhetsarbeidet indikerer at det er et forhold mellom den alminnelige bestemmelsen som regulerer dette i § 3-1 og den spesifikke bestemmelsen i § 3-6 som er begrenset til varsling. Det er imidlertid uklart hvordan man skal tolke denne henvisningen. I hvilken grad har § 3-1 betydning for forståelsen av § 3-6 om hvilke krav som gjelder i forhold til arbeidsgivers plikt til å legge til rette for varsling?

1.2 Historikk

Før Arbeidsmiljøloven av 2005 var det lite fokus på og kunnskap om varsling som fenomen. Arbeidsmiljøloven av 1977 hadde ingen særskilt regulering av arbeidstakeres adgang til å varsle om kritikkverdige forhold eller om ansattes yringsfrihet i sin allminnelighet.⁶ I lovens § 12 ble mobbing/trakassering indirekte som gjengjeldelse ved varsling forbudt, men bestemmelsen tok bare for seg denne siden ved varslingtemaet. I 1999 avga Ytringsfrihetskommisjonen en innstilling, der det ble uttalt at det var ”utilfredsstillende at reglene som begrenser ansattes yringsfrihet i så stor grad er ulovfestede og delvis underutviklede”, og anbefalte at varsling burde bli lovregulert.⁷ Videre var det også et økende internasjonalt press, ikke minst fra OECD knyttet til Norges rolle og deltagelse i kampen mot økonomisk kriminalitet. I den forbindelse har Norge ratifisert ulike konvensjoner, blant annet Europarådets sivilrettslige konvensjon mot korrupsjon, FN-konvensjonen mot korrupsjon og Den europeiske menneskerettskonvensjon.⁸

På denne bakgrunn foreslo departementet i den nye arbeidsmiljøloven, Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv (arbeidsmiljøloven) som trådte i kraft 1.januar 2006, en bestemmelse i § 2-4 som skulle gi arbeidstakere vern mot gjengjeldelser som følge av varsling. Regjeringen ga imidlertid uttrykk for at

⁶ Jfr Lov 1977-02-04 nr 04: Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.

⁷ Jfr NOU 1999: 27 side 171.

⁸ Jfr Europarådets sivilrettslige konvensjon om korrupsjon (ETS nr. 174), artikkel 9 som bestemmer at nasjonal rett må gi hensiktsmessig vern mot uberettigede sanksjoner for arbeidstakere som på grunnlag av rimelig mistanke og i god tro melder fra om korrupsjon til ansvarlige personer eller myndigheter.

bestemmelsen bare skulle være et skritt på veien mot lovfesting av arbeidstakers adgang til varsling og ansattes ytringsfrihet.⁹ Bakgrunnen for dette var at man mente at temaet reiste komplekse juridiske spørsmål og avveininger som måtte belyses før et lovforslag eventuelt kunne bli fremmet.¹⁰

Etter regjeringsskiftet ble det ved lov av 1. desember 2006 nr. 64 gitt nye bestemmelser om varsling om kritikkverdige forhold i virksomheten i arbeidsmiljølovens §§ 2-4, 2-5 og 3-6. Disse bestemmelsene trådte i kraft 1. januar 2007, og med dette ble den tidligere § 2-4 opphevet. De vurderinger som departementet la til grunn for opprettelsen av de nye reglene om varsling, var behovet for å styrke ytringsfriheten i ansettelsesforhold. I den forbindelse at ansatte skal kunne ”ytre seg i det offentlige rom”, og at ”offentlige ansattes frie ytringer kan bidra til bedre kontroll med offentlige ytelser og ressursbruk”, samt at ”varsling er et virkemiddel for å avdekke korrupsjon og annen økonomisk kriminalitet”.¹¹

Det fremgikk heller ikke eksplisitt av arbeidsmiljøloven 1977 at det gjaldt en plikt til å gjennomføre systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid. Kravene ble regulert av forskrift om systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid i virksomheter av 6. desember 1996 nr. 1127. I forarbeidene ble det av departementet slått fast at systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid er det helt sentrale virkemiddelet i HMS-arbeidet, og det ble ansett som viktig å få frem kravene til metode og systematikk ved HMS-arbeid. Lovgiver mente at kravene skulle tydeliggjøres ved en presisering i lovteksten.¹² Departementet foreslo dermed kravene fastsatt i § 3-1 i den nye arbeidsmiljøloven av 2005. Innholdet i bestemmelsen er hentet fra aml (1977) § 14, andre ledd og fra forskrift om systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid i virksomheter (internkontrollforskriften). Kravet til internkontroll er videreført i den nye loven, jfr

⁹ Jfr Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 134

¹⁰ Ibid side 134.

¹¹ Jfr Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) side 33

¹² Jfr Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 93.

arbeidsmiljøloven § 20-2. Man valgte å videreføre internkontrollforskriften da denne blant annet hjemler krav om dokumentasjon av og opplæring i helse-, miljø og sikkerhetsarbeid.¹³

1.3 Varsling

Varslingsinstituttet reguleres i hovedsak gjennom tre bestemmelser i arbeidsmiljøloven som jeg i det følgende kort vil gjøre rede for.

1.3.1 Retten til å varsle

Som ovenfor nevnt, la departementet blant annet avgjørende vekt på ansattes mulighet til å kunne ytre seg ved regulering av varslingsinstituttet. Hver enkeltes rett til å ytre seg er slått fast i Grunnloven § 100. Bestemmelsen favner vidt. Både ytringer om fakta, deltakelse i politiske og faglige debatter samt uttalelser om faktiske forhold i virksomheten omfattes av bestemmelsen. Det er i den alminnelige ytringsfriheten at varslingsfenomenet ligger forankret.

Det følger av arbeidsmiljøloven § 2-4 første ledd at arbeidstakerne har ”rett til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten”, og at denne varslingen må være ”forsvarlig”, jfr § 2-4 andre ledd. Varsling etter lovens ordlyd foreligger dermed når arbeidstaker sier fra om kritikkverdige forhold på arbeidsplassen forutsatt at vedkommende går frem på en forsvarlig måte.

I lovteksten er det angitt at det er ”*kritikkverdige forhold*” det kan varsles om. Med kritikkverdige forhold menes straffesanksjonerte forhold, mislighold av lovbestemte påbud eller forbud, brudd på etiske retningslinjer i virksomheten og andre etiske standarder i samfunnet ellers.¹⁴ Etter dette kan det hevdes å være to hovedtyper når det gjelder varslingens innhold. Den ene er varsling om rettstridige forhold. Den andre er varsling om forhold som ikke direkte rammes av lov, men som anses å være brudd på

¹³ Jfr Ot.prp. nr 49 (2005-2006) side 94.

forpliktelser virksomheten er bundet av, etiske retningslinjer eller andre forhold som er skadelig for samfunnet.

Forsvarlighetskravet setter visse grenser for varslingsadgangen. Kravet innebærer for det første at arbeidstakeren må ha ”forsvarlig grunnlag for kritikken” og da særskilt om arbeidstaker var i aktsom god tro med hensyn til opplysningenes riktighet.¹⁵ Dette skal forhindre at arbeidstaker går ut med grunnløse eller svakt funderte påstander. Det stilles imidlertid ikke for strenge krav til arbeidstakers aktsomhet.¹⁶

Videre innebærer forsvarlighetskravet et krav til forsvarlig fremgangsmåte. I denne sammenheng vil en måtte se hen til opplysningenes alvorlighet og karakter, skadepotensiale, om det er varslet tidligere, om det er forhold av allmenn interesse etc. Illustrerende her er ”*Siemens-saken*” der arbeidstaker først hadde varslet internt til konsernledelsen om uregelmessigheter i prisene i en avtale med forsvaret, men ble ”redd for at SBS og at enkelte personer i Forsvarets logistikk organisasjon (FLG) ville prøve å forandre bevismidlene. Han gikk derfor til VG med saken. Retten kan ikke se at det var kritikkverdig”.¹⁷

Forsvarlighetskravet er å anse som en ”sikkerhetsventil” som skal ivareta hensynet til arbeidsgiver og virksomheten, samt de andre ansatte, slik at de ikke rammes unødvendig ved at en velger å varsle.¹⁸

1.3.2 Forbud mot gjengjeldelser

Etter arbeidsmiljøloven § 2-5 første ledd, første punktum er det ”forbudt” å utsette arbeidstaker for ”[g]jengjeldelse[r]” som følge av varsling etter § 2-4. En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at arbeidsgiver ikke kan behandle arbeidstaker

¹⁴ Jfr Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) side 37.

¹⁵ Ibid side 50.

¹⁶ Jfr Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) side 51.

¹⁷ Jfr TOSLO-2004-99016.

¹⁸ Jfr Ot.prp. nr. 84(2005-2006) side 50 og Arbeidstilsynets varslingsveileder side 6.

ugunstig som reaksjon på at vedkommende har varslet. Dette støttes av formålet med bestemmelsen som er å verne arbeidstakere som varsler om kritikkverdige forhold i virksomheten. Dette vernet skal sikre at ansatte ikke blir utsatt for usaklig oppsigelse, suspensjon eller andre formelle sanksjoner på grunnlag av ytringer foretatt etter § 2-4.¹⁹ Imidlertid vil også forbudet gjelde uformelle sanksjoner, slik som endring i arbeidsoppgaver og interne overføringer samt mobbing og trakassering.²⁰ Illustrerende her er ”*Simens-saken*” der Monsen i et møte med økonomidirektør Harbitz ble orientert om at hans stilling var frafalt og at det ikke fantes en annen stilling til han på grunn av omorganiseringen i virksomheten. Dette til tross for at det flere ganger tidligere var gjort klart at alle ansatte skulle beholde stillingene sine. Monsen ble senere sagt opp. I denne forbindelse uttalte retten at ”...[den] kan forstå at A på dette tidspunkt fikk en fornemmelse av at han ble forsøkt skviset ut av SBS og at han i den videre prosessen følte behov for å ha advokat til stede”.²¹

I tvister om gjengjeldelse som er begrunnet i arbeidstakers varsling foreligger det delt bevisbyrde jfr § 2-5, første ledd, andre punktum. Dette innebærer at arbeidstaker må legge frem opplysninger som gir grunn til å tro at det har funnet sted ulovlig gjengjeldelse etter bestemmelsen. Beviskravet er ikke strengt og ofte vil det være tilstrekkelig å vise til at varsling har skjedd og at handlingen fra arbeidsgivers side kom tett på varslingen i tid.²² Deretter må arbeidsgiver sannsynliggjøre at det ikke foreligger gjengjeldelse i strid med loven. Arbeidsgiver må sannsynliggjøre at handlingen var begrunnet i andre forhold og ikke i varslingen, altså at det foreligger ”manglende årsakssammenheng”.²³

¹⁹ Jfr Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) side 52.

²⁰ Jfr Pettersen/Sønsteli Johansen 2009 side 48 og Ot.prp nr. 84 side 52 der det uttales at ”[e]nhver ugunstig behandling som kan ses som en følge av og en reaksjon på varsling, skal i utgangspunktet regnes som gjengjeldelse”.

²¹ Se TOSLO-2004-99016.

²² Jfr Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) side 53.

²³ Jfr Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) side 44.

1.3.3 Arbeidsgivers plikt til å legge til rette for varsling

Som påpekt innledningsvis, har det versert flere saker om varsling både i rettsapparatet og i media. I lys av disse sakene og den rettsutviklingen som har funnet sted på dette området, er det behov for interne retningslinjer for hvordan arbeidsgivere og arbeidstakere skal kunne håndtere og opptre når det blir varslet om irregulære forhold. Formålet er å skape forutberegnelighet både for arbeidstaker og arbeidsgiver. Dette gjelder særlig arbeidstakerens fremgangsmåte ved varsling, hvem det skal varsles til og ikke minst for at den ansatte skal vite at meldingen blir håndtert på en profesjonell og trygg måte. Dette vil igjen hindre risiko for arbeidskonflikter.

Etter arbeidsmiljøloven § 3-6 plikter arbeidsgiver å ”utarbeide rutiner” eller iverksette ”andre tiltak som legger forholdene til rette for intern varsling om kritikkverdige forhold i virksomheten”. I dette ligger at arbeidsgiver må initiere tiltak i forhold til ytringsklimaet med hensyn til håndtering av intern kritikk og opplysninger om kritikkverdige forhold.²⁴ De rutiner eller andre tiltak som fastsettes etter bestemmelsen må være i samsvar med den adgang til varsling som følger av § 2-4. Dette betyr at rutineene som skal iverksettes, ikke kan begrense den lovfestede varslingsretten som følger særskilt av § 2-4.²⁵

Det vil alltid være rettmessig, og dermed også forsvarlig, å varsle i samsvar med virksomhetens rutiner for varsling som er etablert etter § 3-6. Dette følger eksplisitt av § 2-4 andre ledd, andre punktum. Illustrerende også her er ”Siemens-saken” der retten uttalte at ”[i] april 2002 undertegnet A retningslinjer for forretningsmessig adferd som dermed ble en del av arbeidsavtalen. Han pliktet å si fra hvis det var lovbrudd innen hans ansvarsområde. *Alle skriv og rapporter produsert internt eller eksternt, må være nøyaktige og pålitelige i tråd med god regnskapskikk skal data og andre dokumenter alltid være fullstendige, korrekte og formålstjenlige når det gjelder tid og system. Kravet om pålitelige redegjørelser gjelder også utgiftskostnader.* Retten finner det klart

²⁴ Jfr Ot.prp. nr 84 (2005-2006) side 33.

²⁵ Jakhelln/Aune 2007, side 43.

at ledelsen brøt egne interne retningslinjer. Retten finner det sannsynliggjort at A har tatt opp forholdet internt. I denne situasjonen kan ikke retten se at A gjorde noe illojalt mot Siemens eller SBS interesser ved å ta forholdet opp med Siemens i Tyskland på nyåret 2004. De forretningsmessige retningslinjene understreker nettopp selskapets totalinteresse av at forretningsvirksomheten er redelig og kontrollerbar. Hvis ledelsen for noen datterselskaper bryter disse retningslinjene er det de som ikke lojalt følger selskapets interesser.”²⁶

Sett i sammenheng er både §§ 2-5 og 3-6 ment å effektivisere retten til å varsle etter § 2-4 og samtidig gjøre den mer reel.²⁷ Reglene om varsling gjelder i alle ansettelsesforhold, både i privat og offentlig sektor.²⁸

En mer inngående gjennomgang av arbeidsmiljøloven § 3-6 vil bli foretatt i kapittel 3, avsnitt 3.2.

1.4 Helse, miljø og sikkerhet

Arbeidsmiljøloven § 4-1 slår fast, som påpekt ovenfor, det generelle kravet til et ”fullt forsvarlig” arbeidsmiljø. Dette for å sikre arbeidstakernes trygghet, jfr arbeidsmiljøloven § 1-1 bokstav a. Det påhviler arbeidsgiver å sørge for at kravet er oppfylt, jfr arbeidsmiljøloven § 4-1. Et av de sentrale virkemidlene for å oppnå et fullt forsvarlig arbeidsmiljø er det systematiske helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidet. Dette betegnes ofte som HMS-arbeid. Det er arbeidsmiljøloven § 3-1 som pålegger arbeidsgiver å sørge for at kravene til dette arbeidet oppfylles. I tillegg setter internkontrollforskriften ytterligere rammer for HMS-arbeidet, jfr arbeidsmiljøloven § 20-2.

²⁶ Se TOSLO-2004-99016.

²⁷ Jfr Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) side 8.

²⁸ Ibid side 50.

Arbeidet med helse, miljø og sikkerhet er et arbeid som skal sørge for at virksomheten jobber med, og driver systematisk oppfølging av de krav som følger av helse-, miljø og sikkerhetsreglverket. Formålet med arbeidet er å sikre at hensynet til arbeidstakerne, arbeidsmiljøet og sikkerhet blir ivaretatt, jfr § 3-1 første ledd. HMS er et helhetlig begrep for alle forhold som omfattes av virkeområdet til HMS-forskriften. Det er den ansvarlige i virksomheten som skal påse at kravene overholdes, dette følger klart av lovteksten jfr. vilkåret ”arbeidsgiver” i bestemmelsens første ledd, første punktum. Det forutsettes imidlertid en medvirkning fra de ansatte, jfr § 3-1 første ledd, siste punktum.

HMS-arbeidet er basert på at virksomhetens ledelse skal ”vurdere risikoforholdene” og på bakgrunn av de vurderte og kartlagte risikoforhold etablere internkontrollsystemer. Til sist skal dette arbeidet ”dokumenteres”.²⁹

Arbeidet med helse, miljø og sikkerhet innebærer at det er bedriften selv som skal stå for det organisatoriske opplegget som igjen skal sørge for at de krav til HMS som arbeidsmiljøloven stiller blir oppfylt.

Med helse menes fravær av sykdom samt fysisk, psykisk og sosial velvære.³⁰ Miljø tar sikte både på det ytre og det indre arbeidsmiljøet. Virksomheten skal ivareta det ytre miljø, for eksempel for å forhindre forurensing. Det indre arbeidsmiljøet ”omfatter alle de faktorer i en virksomhet som kan ha innvirkning på arbeidstakerens fysiske og psykiske helse og velferd”.³¹ For eksempel kan dette være mobbing, utfrysning, støy e.l. Til sist er det tale om sikkerhetsarbeid. Med sikkerhet menes det sikkerhet i forhold til de ansatte og i forhold til materielle ting i virksomheten.

²⁹ Jfr internkontrollforskriften § 5

³⁰ Jfr WHO sin definisjon av begrepet helse, www.who.int/about/definition/en/print.html/.

³¹ Jfr Jakhelln 2007 side 24.

1.5 Problemstilling

I den rettsvitenskapelige debatten om varsling har det først og fremst vært arbeidsmiljøloven § 2-4 og bestemmelsens krav til forsvarlighet som har vært diskutert. Det er også skrevet en del om den enkelte arbeidstakers vern mot gjengjeldelse, jfr. arbeidsmiljøloven § 2-5. Når det gjelder arbeidsgivers tilretteleggingsplikt for varsling er imidlertid både rettspraksis og teorien sparsom. Det er spesielt at bestemmelsen ikke har blitt problematisert grundigere ettersom det i teorien er uttalt at § 3-6 kanskje er den viktigste av arbeidsmiljølovens bestemmelser om varsling.³²

Magnhild Eggen har behandlet arbeidsmiljøloven § 3-6.³³ Artikkelen har som formål å avklare hva arbeidsgiver må og bør gjøre for å legge til rette for varsling, samt hva en ikke kan gjøre.³⁴ Artikkelen er et viktig bidrag i debatten rundt virksomheters plikt til å legge til rette for varsling. Det er imidlertid viktige sider ved arbeidsgivers tilretteleggingsplikt som ikke behandles nærmere i hennes artikkel.

Som nevnt innledningsvis følger det av arbeidsmiljøloven § 3-6 at plikten til å legge til rette for varsling skal gjøres ”i tilknytning til det systematiske helse-, miljø og sikkerhetsarbeidet”. Jeg skal i det følgende se på forholdet mellom arbeidsmiljøloven §§ 3-6 og 3-1. Det som skal belyses er sammenhengen mellom § 3-6 og dennes henvisning til helse- miljø- og sikkerhetsarbeidet. Det sentrale er hva som ligger i vilkåret ”i tilknytning til det systematiske helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidet”, og hvilke konsekvenser denne henvisningen til § 3-1 har for arbeidsgivers plikt til å legge til rette for varsling etter § 3-6.

³² Jfr Statsråd Bjarne Håkon Hanssen sin uttalelse i Odelstinget 16.november 2006 og Erik Boe i Arbeid og rett Festskrift for Henning Jakhellns 70-årsdag side 85.

³³ Jfr Eggen Arbeidsgivers tilrettelegging for varsling i Arbeidsrett vol 6 nr 1 2009

³⁴ Ibid side 5.

Slik rettstilstanden er med en vag lovtekst, forarbeider som gir lite veiledning og ikke minst mangel på teoretiske fremstillinger på området, håper jeg å kunne gi et bidrag til debatten omkring varslingsreglene.

1.6 Veien videre

I den videre fremstilling vil jeg i avsnitt 2 gjøre rede for de legislative hensyn bak reglene om arbeidsgivers plikt til å legge til rette for varsling og reglene om helse-, miljø- og sikkerhet. I avsnitt 3 vil jeg foreta en gjennomgang av betemmelsernes innhold, og de krav arbeidsmiljøloven §§ 3-6 og 3-1 setter. Jeg vil deretter se på forholdet mellom de angitte bestemmelsene i avsnitt 4. Avslutningsvis vil jeg foreta en samlet vurdering av gjeldende rett og se på domstolens påvirkning for forståelsen av bestemmelsen.

2 Formål og hensyn bak §§ 3-6 og 3-1

2.1 Formål og hensyn bak varslingsreglene generelt

2.1.1 Styrking av ansattes yringsfrihet

Det å styrke de ansattes yringsfrihet må anses å være det overordnede hensyn som varslingsreglene skal ivareta. Som påpekt ovenfor i avsnitt 1.3.1 er retten til å varsle i henhold til arbeidsmiljøloven § 2-4 et utslag av den grunnlovfestede yringsfriheten som er nedfelt i Grunnloven § 100. Ved å opprette regler for varsling ville man styrke arbeidstakernes yringsfrihet. Reglene bygger på at varsling både er lovlig og må aksepteres, samt at varsling er ønskelig.³⁵ Man så betydningen i de ansattes kunnskap,

³⁵ Jfr Vigerust 2007 side 105.

kompetanse samt innsikt i arbeidsforholdet, og på bakgrunn av det, viktigheten av at arbeidstakerne får ”anledning til å ytre seg i det offentlige rom”.³⁶

2.1.2 Klarlegge rettstilstanden på området

Som påpekt ovenfor under avsnitt 1.2, ble det fremmet sterk kritikk fra Ytringsfrihetskommisjonen om at reglene som regulerte ansattes ytringsfrihet ikke var lovregulert. Ved at kommisjonen anbefalte en regulering og avklaring av varsling, startet arbeidet med det ”formål å klarlegge rettstilstanden” på området.³⁷

2.1.3 Virkemiddel for å avdekke og forebygge kritikkverdige forhold

Varsling er et virkemiddel for avdekking av kritikkverdige forhold.³⁸ Dersom det varsles om slike forhold i virksomheten, vil man kunne avsløre og oppdage forhold som kan ha en negativ effekt på hele virksomheten samt at man kan redusere og avverge for eksempel ulykker, sykdom og trakassering. Samtidig vil det også være avgjørende for allmennheten at kritikkverdige forhold avdekkes og da særlig dersom det er tale om alvorlige forhold som fare for liv og helse.³⁹ Varsling vil også kunne innebære en viss kontroll med det offentliges bruk av ressurser og ytelser.⁴⁰

2.1.4 Vern av varsleren

Ansatte som varsler om kritikkverdige forhold, løper en risiko for å bli utsatt for gjengjeldelser i form av negative reaksjoner.⁴¹ Mange arbeidstakere vil dermed la være å varsle på grunn av frykten for å bli utsatt for gjengjeldelse.⁴² Ved å lovfeste ansattes rett til å varsle, gi de vern mot gjengjeldelser samt pålegge krav om å tilrettelegge for varsling, vil flere arbeidstakere velge å si i fra om forhold som ikke er akseptable. Den

³⁶ Jfr Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) side 33.

³⁷ Jfr Eggen 2009 side 16.

³⁸ Jfr Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) side 46.

³⁹ Jfr Inst. O. nr. 6 (2006-2007) side 9.

⁴⁰ Jfr Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) side 33.

⁴¹ Jfr NOU 2004: 5 side 447.

⁴² Ibid side 451.

enkelte arbeidstaker kan føle seg trygg på at han vil bli tatt på alvor og at han ikke vil bli avfeid med at han farer med usannheter.

2.2 Formål og hensyn bak arbeidsmiljøloven § 3-6

2.2.1 Legge forholdene til rette for et godt ytringsklima

Det legges til grunn av departementet at ”et åpent ytringsklima og gode reelle muligheter til å si i fra om kritikkverdige forhold er et vesentlig trekk ved et godt arbeidsmiljø og en sunn bedriftskultur”.⁴³ Et godt ytringsklima kan tolkes dit hen at det kan gis beskjed om bekymringer uten tanke for at man kan bli utsatt for represalier fra arbeidsgiver eller fra andre kolleger.⁴⁴

I en virksomhet der det ikke er rom for å varsle om forhold som den ansatte anser som kritikkverdige, vil man raskt få en organisasjonskultur som preges av taushet der arbeidstakerne lar vær å si i fra. En virksomhet der det er adgang til å komme med ”frie og kritiske ytringer”⁴⁵ vil derimot få en åpen organisasjonskultur der de ansatte ikke vegrer seg for å si i fra om forhold de mener er uakseptable og varsling blir ikke å anse som noe ekstraordinært. Terskelen for å varsle blir dermed lavere.⁴⁶

Spørsmålet som kan stilles er om en lavere terskel for varsling vil føre til en kultur som preges av angiveri og tysting. Det er klart at ikke alle varslere har gode intensjoner og hevnaksjoner vil kunne forekomme. Samtidig må det og tas høyde for at hva som vil være kritikkverdig for den ene ansatte ikke alltid vil bli vurdert på samme måte hos en annen ansatt. Til tross for det er det i teorien vist at arbeidstakere som har varslet om forhold i virksomheten har gjort dette ut i fra lojalitetshensynet til arbeidsgiver.⁴⁷

⁴³ Jfr Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) side 46.

⁴⁴ Jfr Skivenes/Trygstad 2006 side 40.

⁴⁵ Jfr Ot.prp. nr. 84(2005-2006) side 46.

⁴⁶ Ibid side 46.

⁴⁷ Jfr Jakhelln 2007 side 305.

2.2.2 Avdekking av kritikkverdige forhold

Som påpekt ovenfor i avsnitt 2.1.3 er varsling et virkemiddel for å avdekke kritikkverdige forhold. Ved å legge til rette for varsling, med klare retningslinjer og rutiner, vil varsling ytterligere styrkes som et virkemiddel for å avdekke kritikkverdige forhold. Dette støttes av forarbeidene, og da særlig implementeringsforarbeidet til Europarådets sivilrettslige konvensjon om korrupsjon. I og med implementeringen av konvensjonen erkjenner og behandler Europarådet og Norge varsling som en viktig mekanisme for avdekking og forebygging av korrupsjon.⁴⁸ Dette gir igjen en særlig understreking av at varsling er å anse som et alvorlig samfunnsproblem.

2.2.3 Økt bevissthet, forutberegnelighet og forebygging

Et av formålene med å pålegge en rettslig plikt til å legge til rette for varsling var at man ønsket å øke bevisstheten til arbeidsgiver omkring ytringsfrihetsspørsmål. Økt bevissthet omkring disse spørsmålene vil gi bedre forståelse for at et godt ytringsklima ”er et gode for virksomheten”.⁴⁹

En økt bevissthet omkring temaet varsling, sammen med en plikt til å legge til rette for varsling, skaper forutsigbarhet hos så vel arbeidsgiver som arbeidstaker. Arbeidsgiver vil vite hva han skal gjøre dersom en ansatt kommer med informasjon om forhold som ikke er akseptable, hvordan slike situasjoner skal behandles, samt generelt få en bedre forståelse for hvordan varsling skal håndteres. Arbeidstaker på sin side vil, via retningslinjer og andre veiledere, få informasjon om hvorvidt forholdet i det hele tatt kan karakteriseres som kritikkverdig, hvem det skal varsles til, hvordan man skal gå frem, hva man skal ta hensyn til og ikke minst hvilke konsekvenser det vil kunne ha dersom det ikke varsles i tråd med retningslinjene. Dette vil gi de ansatte mulighet til å forutberegne sin rettsstilling og ikke minst gi trygghet dersom man skulle befinne seg i en situasjon hvor en oppdager kritikkverdige forhold i virksomheten.

⁴⁸ Se her Ot.prp. nr. 73 (2006-2007) kapittel 7, og Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) side 46.

⁴⁹ Jfr Ot.ptp. nr. 84 (2005-2006) side 46.

Klare retningslinjer og veiledere gir arbeidstakerne kjennskap til hvordan og hvorfor det skal varsles, noe som igjen vil hindre at ”det danner seg ukulturer eller at grunnløse mistanker og påstander får grobunn”, samt at man vil kunne forhindre at det oppstår konfliktfylte varslingssituasjoner som vil ha store konsekvenser for de ansatte og arbeidsmiljøet og virksomheten generelt.⁵⁰ Et annet viktig moment er og at ved en god intern håndtering av både den som varsler og forholdet det varsles om, vil kunne redusere vedkommendes behov for å gå ut offentlig med saken.⁵¹

2.3 Formål og hensyn bak arbeidsmiljøloven § 3-1

2.3.1 Helse, miljø og sikkerhet: virkemiddel for å fremme et inkluderende arbeidsliv

Helse-, miljø- og sikkerhetsreguleringen er et virkemiddel for å fremme målsetningen om et inkluderende arbeidsliv. Målet med et inkluderende arbeidsliv er at flest mulig skal kunne forbli i arbeidet, og at de som ikke allerede er i arbeid skal få muligheten til å delta og bidra til arbeidslivet.⁵² Lovens krav til helse, miljø og sikkerhet må avveie flere ulike hensyn.

Kravene skal for det første ivareta hensynet til arbeidstakernes trygghet, helse og velferd. I dette ligger at det skal tas hensyn til den enkeltes behov, man skal legge til rette for en sikker arbeidsplass, samt at man må skape ”sosial tilhørighet og [gi arbeidstakeren] muligheter til å bruke sine evner og ressurser”.⁵³

For det andre skal virksomhetenes og samfunnets interesser ivaretas ved å forebygge helseskader hos arbeidstakerne. Dersom det forekommer hyppige plager hos de ansatte, både fysiske og psykiske, vil man se at tallene på sykefraværet øker. Økt sykefravær kan gi større kostnader for bedriften som følge av tapt arbeidskraft og redusert

⁵⁰ Se Eggen side 18, under punkt 3.1.2.4.

⁵¹ Jfr Arbeidstilsynets varslingsveileder s. 13.

⁵² Jfr NOU 2004: 5 side 110.

⁵³ Ibid side 110.

produksjon. I tillegg kan økt sykefravær medføre større kostnader for samfunnet fordi utbetaling av sykepenger og/eller uførepensjon øker.⁵⁴ Ved å begrense sykefraværet vil kostnadene gå ned og man vil kunne øke sjansene for at flere blir værende i arbeidslivet.⁵⁵

Til sist står hensynet til verdiskapning i samfunnet. I dette ligger at arbeidslivet må organiseres ”slik at produksjonen av etterspurte varer og tjenester blir mest mulig optimal og utført mest mulig effektivt”.⁵⁶ Dette for å sikre virksomhetenes overlevelse og konkurranseevne, både nasjonalt og internasjonalt, over tid.⁵⁷

2.3.2 Trygghet mot fysiske og psykiske skadevirkninger

Arbeidsmiljøloven § 3-1 har, som påpekt under avsnitt 1.4, som sitt viktigste formål ”å sikre at arbeidsmiljøet [...] gir full trygghet mot fysiske og psykiske skadevirkninger”.⁵⁸

De fysiske skadevirkningene relateres til det fysiske arbeidsmiljøet. Kravet til det fysiske arbeidsmiljøet er hjemlet i § 4-4 og går ut på virksomhetens ”tekniske utforming og hvordan dette påvirker den enkelte” arbeidstaker.⁵⁹ I dette ligger at det er tale om hvordan arbeidstakeren eksponeres for ulike fysiske belastninger som støy, ugunstig klima og på sikkerheten ved de enkelte virksomheter. Dette vil igjen kunne føre til ulike skadevirkninger blant annet hørselstap, luftveislidelser, ulykker og skader.

Psykiske skadevirkninger relateres til det psykososiale arbeidsmiljøet. Krave til det psykososiale arbeidsmiljøet er hjemlet i arbeidsmiljøloven § 4-3 og forstås som ”de faktorer på en arbeidsplass som påvirker en arbeidstakers psyke og dermed subjektive

⁵⁴ Jfr NOU 2000: 27 side 18

⁵⁵ Jfr NOU 2004:5 side 169.

⁵⁶ Ibid side 169.

⁵⁷ Jfr NOU 2004: 5 side 111 og NOU 1999: 34 side 10.

⁵⁸ Jfr formålsbestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 1-1 a) og sammenhengen med arbeidsmiljøloven § 4-1 jfr punkt 1.4 i oppgaven..

⁵⁹ Jfr NOU 2004: 5 side 85.

opplevelse av velferd eller belastning”.⁶⁰ Faktorer som kan spille inn er blant annet samholdet i virksomheten, konflikter og forholdet mellom ansatt og ledelse.⁶¹

Det er på det rene at både de fysiske og de psykiske forholdene må ses i sammenheng, og skaper et helhetlig arbeidsmiljø.⁶² Ved å skape et godt arbeidsmiljø vil man dermed oppnå formålet, nemlig å ivareta de ansattes liv og helse.

3 De grunnleggende krav etter §§ 3-1 og 3-6

3.1 Arbeidsmiljøloven § 3-1

Det følger av arbeidsmiljøloven § 3-1 at arbeidsgiver ”(1) For å sikre at hensynet til arbeidstakers helse, miljø og sikkerhet blir ivaretatt, skal [...] sørge for at det utføres *systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid* på alle plan i virksomheten.[...]

(2) Systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid innebærer at arbeidsgiver skal:

c) kartlegge farer og problemer og på denne bakgrunn vurdere *risikoforholdene* i virksomheten, *utarbeide planer* og *iverksette tiltak* for å redusere risikoen [...]

(3) Departementet kan i forskrift gi nærmere bestemmelser om gjennomføring av kravene i denne paragraf, herunder om *krav til dokumentasjon* av det systematiske helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidet”.

Paragraf 3-1 fastsetter plikten til systematisk arbeid med helse, miljø og sikkerhet. Den angir dessuten hovedinnholdet i den særskilte plikten og gir hjemmel til internkontrollforskriften.⁶³ Etter arbeidsmiljøloven § 3-1 skal arbeidsgiver, for å sikre at hensynet til arbeidstakers helse, miljø og sikkerhet blir ivaretatt, sørge for at det utføres systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid på alle plan i virksomheten.

⁶⁰ Jfr NOU 2004: 5 side 88.

⁶¹ Ibid side 88.

⁶² Jfr Jakhelln 2007 side 640.

⁶³ Jfr NOU 2004: 5 side 180 og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 93.

Arbeidet med helse-, miljø- og sikkerhet er å anse som virksomhetens internkontroll. Internkontroll er ifølge Internkontrollforskriften ”systematiske tiltak som skal sikre at virksomhetens aktiviteter planlegges, organiseres, utføres og vedlikeholdes i samsvar med krav fastsatt i eller i medhold av helse-, miljø- og sikkerhetslovgivningen.” Det foreligger en plikt til å iverksette internkontroll og det er ledelsen som skal sørge for at denne plikten overholdes.⁶⁴ På bakgrunn av denne plikten skal arbeidsgiver innføre internkontrollsystem og utøve internkontroll i den enkelte virksomhet. Internkontrollarbeidet skal gjøres i samarbeid med arbeidstakerne og deres representanter.

Slik bestemmelsen fremstår, gir lovteksten lite veiledning med tanke på hva som ligger i de enkelte vilkår. Det overordnede spørsmålet er hva som ligger i kravene til HMS-arbeidet. Det må dermed tas stilling til hva som menes med ”*vurdere risikoforholdene*”, ”*utarbeide[lse] av planer*” og ”*iverksett[else] av tiltak*”, samt hva som ligger i kravet til dokumentasjon.

3.1.1 Foreta risikovurdering

I paragrafens annet ledd bokstav c slås det fast at arbeidsgiver skal kartlegge farer og problemer, og på bakgrunn av dette ”*vurdere risikoforholdene*” i virksomheten. Dette er å anse som kjerneområdet innenfor HMS-arbeidet.

Spørsmålet er hva det vil si å ”*vurdere risikoforholdene*”. En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at det er tale om en vurdering og undersøkelse av bedriften med det formål å se på forhold som kan forårsake skader og ulykker.

Spørsmålet som oppstår er hva som ligger i begrepet ”risiko”. En tolkning av vilkåret tilsier at det er et forhold som har skadepotensiale. En definisjon er gitt av Henning Jakhelln der han i sin bok Oversikt over Arbeidsretten uttaler at med ”risiko

⁶⁴ Jfr vilkåret ”*skal*” i §3-1 (1) 1.punktum og (2).

menes muligheten for at noe uønsket skal skje og hvilke følger dette kan få”.⁶⁵ En ser med dette at det er tale om sannsynligheten for at noe skal skje multiplisert med de konsekvenser som kan inntreffe. Ofte vil det være tale om negative hendelser.

Når risikoforholdene vurderes, foretas samtidig en kartlegging. På bakgrunn av en slik kartlegging, foretas risikovurderingen. Det foretas en grundig gjennomgang av de kartlagte farer og problemer for å vurdere om det er tatt tilstrekkelige forholdsregler, eller om det må gjøres mer for å forbygge at ingen skal bli skadet i ulykker eller bli syke.⁶⁶ På bakgrunn av disse forholdene bedriver man risikostyring, man foretar en ”evaluering og kontrol af de risici, der er knyttet til virksomhedens aktiviteter[...]”⁶⁷.

3.1.2 Etablering av system for internkontroll

Etter bestemmelsen skal arbeidsgiver ”utarbeide planer” og ”iverksette tiltak” for å kunne redusere den risiko som er kartlagt i organisasjonen.

I dette ligger at det påhviler virksomhetens ledelse, på bakgrunn av de kartlagte risiki, å utarbeide handlingsplaner for å kunne redusere risikoforholdene i virksomheten.⁶⁸ Det er altså krav til prosedyrer for HMS-arbeidet, og at dette arbeidet skal pågå kontinuerlig. Samlet sett er det tale om å opprette systemer for håndtering av risiko og utøvelse av dette systemet for faktisk å sikre de ansatte.

Spørsmålet som oppstår er hva man kan utlede av kravet til etablering av internkontroll, hvor omfattende det er. Etter internkontrollforskriften § 5 skal internkontrollen ”tilpasses virksomhetens art, aktiviteter, risikoforhold og størrelse [...]”. Ut i fra dette kan det utledes at det er tale om et behovs- og størrelsesaspekt i forhold til etablering av internkontroll. Dette innebærer at virksomheter med liten risiko, eksempelvis for brann, forurensing, arbeidsulykker eller lignende, ikke behøver omfattende rutiner for det

⁶⁵ Jfr Jakhelln 2007, side 637.

⁶⁶ Jfr www.arbeidstilsynet.no.

⁶⁷ Jfr Vonger/Iversen 2007, side 43.

⁶⁸ Jfr Gyldendal Rettsdata, kommentarer til § 3-1 av Rune Ytre-Arna, note 73.

systematiske helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidet. Dersom virksomheten derimot har stor risiko for ulike farer og ulykker må systemet for internkontroll være grundigere og mer omfattende for å kunne oppfylle kravene etter arbeidsmiljøloven og internkontrollforskriften. Det foreligger dermed et forholdsmessighetskrav, men selve kravet til systematisk HMS-arbeid er det samme i alle virksomheter.⁶⁹

Internkontroll som tilsynsform innebærer at det er virksomheten selv som skal ha det organisatoriske ansvaret for utforming av regelverk og andre tiltak, og som skal påse at kravene i arbeidsmiljøloven blir overholdt. Reguleringsformen kalles ofte selvregulering eller egenkontroll. Dette til forskjell fra den tradisjonelle regulerings- og tilsynsform som er basert på detaljregulering og kontroll fra det offentliges side.⁷⁰ Denne type regelverk, blir i teorien også kalt meta-regulering.⁷¹ Meta-regulering er regulering av selv-regulering. Dette innebærer at lovgiver definerer bestemte formål som for eksempel helse, miljø og sikkerhet. I stedet for å detaljregulere hvordan disse formålene skal sikres, overlates det til rettssubjektene selv hvordan de skal detaljregulere seg selv for å ivareta disse formålene.⁷²

3.1.3 Krav til dokumentasjon

Det følger av internkontrollforskriften § 5 at internkontrollarbeidet skal dokumenteres. En tolkning av ordlyden tilsier at det må være tale om skriftlig nedtegning av det helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid som utføres i virksomheten. Dette følger også klart av internkontrollforskriften § 5 punkt 4-8 der det følger et krav om at dette ”må dokumenteres skriftlig”.

Det vil også her oppstå spørsmål om hvor omfattende kravet til dokumentasjon er. Det følger av § 5 i internkontrollforskriften at arbeidet skal ”[d]okumenteres i den form og

⁶⁹ Jfr www.arbeidstilsynet.no.

⁷⁰ Jfr Jakhelln 2007 side 634.

⁷¹ Jfr Parker 2002, kapittel 9.

⁷² Jfr Parker 2002 side 245.

det omfang som er nødvendig på bakgrunn av virksomhetens art, aktiviteter, risikoforhold og størrelse”.⁷³

Det kan dermed også i forhold til dokumentasjonskravet slås fast at det foreligger et krav om forholdsmessighet. Dette fremgår også av kommentarene knyttet til internkontrollforskriften ved at de legger til grunn at ”[n]oen virksomheter vil utarbeide grundige analyser av risiko, mens andre kan nøye seg med en enkel dokumentasjon”.⁷⁴ Store bedrifter, med mange ansatte og høy risiko for uregelmessigheter og ulykker, vil dermed måtte dokumentere inngående at der utøves og foreligger arbeid og rutiner i forhold til HMS. Mindre bedrifter med lavere risiko for blant annet brann og ulykker, vil det derimot ikke stilles like strenge krav til. Imidlertid er det på det rene at dokumentasjonskravet er ufravikelig og skal foretas i alle virksomheter.

3.2 Arbeidsmiljøloven § 3-6

Etter bestemmelsen skal arbeidsgiver, ”i tilknytning til det systematiske helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidet, utarbeide rutiner for intern varsling eller sette i verk andre tiltak som legger forholdene til rette for intern varsling om kritikkverdige forhold i virksomheten i samsvar med § 2-4, dersom forholdene i virksomheten tilsier det”, jfr. arbeidsmiljøloven § 3-6.

3.2.1 Arbeidsgiver

Etter bestemmelsen er det ”*arbeidsgiver*” som skal legge til rette for varslingsrutiner. Den nærmere angivelse av begrepet arbeidsgiver er gitt i lovens § 1-8 andre ledd, der arbeidsgiver defineres som ”enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste”. Arbeidsgiverbegrepet omfatter både juridiske personer som for eksempel aksjeselskap, fylkeskommuner, stiftelse eller andelslag, såvel fysiske personer som for eksempel enkeltpersonforetak.⁷⁵

⁷³ Jfr Internkontrollforskriften § 5.

⁷⁴ Jfr Kommmentarer til forskrift om systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid i virksomheter (internkontrollforskriften) § 5

⁷⁵ Jfr Jakhelln 2007 side 37.

Arbeidsgiver har det overordnede ansvar for å legge forholdene til rette for varsling og for at arbeidsmiljølovens regler blir overholdt. Dette følger av arbeidsmiljøloven § 2-1, som gir uttrykk for det alminnelige arbeidsgiveransvaret. Ansvarer kan riktignok delegeres vekk, men det er den øverste ledelse som har det fulle ansvaret for at reglene blir overholdt.

3.2.2 Plikt til å legge til rette for varsling ”dersom forholdene tilsier det”

Det følger av bestemmelsen at det ”*skal*” legges til rette for varsling. Vilkåret ”*skal*” innebærer at det påhviler en plikt for arbeidsgiver til å utarbeide varslingsrutiner eller andre tiltak som legger forholdene til rette for varsling av kritikkverdige forhold.⁷⁶

Tilretteleggingsplikten for varsling gjelder ”*dersom forholdene i virksomheten tilsier det*”. Lovteksten er vag og gir ingen indikasjon med hensyn til hva som ligger i vilkåret.

Ser en hen til forarbeidene uttales det at hvorvidt det vil være behov for å legge til rette for varsling avhenger av ”risikoforholdene og av ytringsklimaet i virksomheten”.⁷⁷

Videre fremgår det at det vil indikere at det foreligger behov for varslingsrutiner ”dersom konkrete tilfeller har avslørt at saklig kritikk avvises, sanksjonerer eller ikke tas alvorlig”. Imidlertid er det ikke nødvendig at det foreligger ”konkrete mistanker om kritikkverdige forhold eller at det har vært konkrete situasjoner som har utløst et behov”, dette fordi terskelen for å legge til rette for varsling er lav.⁷⁸ Lovgiver påpeker at det vil være behov for tiltak i de fleste virksomheter, og at det ”først og fremst [er] ”ukompliserte” virksomheter med få ansatte som vil falle utenfor”.⁷⁹ Samlet sett er dette et meget skjønnmessig vilkår, og det vil måtte avgjøres i hver enkelt virksomhet om det foreligger forhold som tilsier at plikten til å legge til rette for varsling inntreffer.

⁷⁶ Jfr Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) s. 47.

⁷⁷ Ibid side 54.

⁷⁸ Ibid side 47 og 54.

⁷⁹ Ibid side 47.

Spørsmålet som reiser seg er om et slikt skjønnsmessig vilkår gjør bestemmelsen uklar i forhold til å konstantere om det foreligger et behov for varslingsrutiner.

Ser man det fra arbeidsgivers side, som vanligvis kun vil ha lovtekst å forholde seg til, kan det skjønnsmessige vilkår føre til at arbeidsgiver lar være å opprette ytterligere rutiner for varsling med den begrunnelse at man allerede har tilstrekkelige tilsyns- og rapporteringsordninger.⁸⁰ Dette kan for eksempel være etiske retningslinjer eller andre HMS-rutiner. En slik omgåelse vil klart svekke hensynet til den ansattes yringsfrihet, forutberegnelighet og ikke minst hensynet til å få avdekket kritikkverdige forhold.

Tar man lovgivers uttalelser med i betraktningen, og da spesielt med tanke på uttalelsene om at ”ukompliserte” virksomheter faller utenfor, vil man kunne stille spørsmålet om hvorfor noen virksomheter vil kunne falle utenfor plikten til å opprette varslingsrutiner.

Det kan argumenteres med at det i virksomheter med få ansatte ofte vil være en liten risiko for økonomiske misligheter, helsefare eller lignende. Det vil da ikke være behov for å opprette ytterligere rutiner for kritikkverdige forhold. Det vil imidlertid ha formodningen mot seg om man skulle legge til grunn at det i virksomheter med få ansatte ikke vil forekomme tilfeller eller oppstå situasjoner som er kritikkverdige og som ansatte ønsker eller føler seg forpliktet til å varsle om. Ved å legge en slik begrensning på plikten til å legge til rette for varsling, vil også her hensynet til arbeidstakers yringsfrihet svekkes. Samtidig svekkes hensynet til å øke arbeidsgivers bevissthet omkring ansattes yringsfrihet. Uten klare varslingsrutiner vil terskelen for å varsle være høy og dermed vanskeliggjøres målet om å få avdekket mulige kritikkverdige forhold.

⁸⁰ Jfr Eggen 2009 side 43.

Etter en samlet vurdering synes det skjønnsmessige vilkåret å gjøre regelen uklar og viktige hensyn vil ikke bli tilstrekkelig ivaretatt. Dette tilsier at lovgiver ved en eventuell gjennomgang av varslingsreglene bør ta stilling til om vilkåret bør tas ut av bestemmelsen.

3.2.3 I tilknytning til det systematiske helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid

Etter bestemmelsen skal utarbeidelsen av varslingsrutiner gjøres ”i tilknytning til det systematiske helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidet”. I dette ligger at det skal knyttes til internkontrollreglene i arbeidsmiljøloven kapittel 3 og forskrift om systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid i virksomheter (internkontrollforskriften).⁸¹

Hva som mer spesifikt ligger i dette vilkåret og hvilke konsekvenser det har vil jeg gjøre rede for i kapittel 4.

3.2.4 Rutiner og andre tiltak

Arbeidsgiver skal etter bestemmelsen utarbeide ”rutiner” for intern varsling eller iverksette ”andre tiltak” som legger forholdene til rette for intern varsling. Lovteksten gir ikke eksplisitt uttrykk for hva som ligger i de to begrepene.

Det følger imidlertid av forarbeidene at med rutiner menes ”virksomhetens etiske normer og prosedyrer for når det skal varsles, hvem det kan varsles til osv. og som er nedfelt i retningslinjer, instruksjer, reglementer el.l.”.⁸² Ved utforming av rutiner må en påse at de tilfredsstiller personopplysningslovens krav til innhenting, bearbeiding og lagring av personopplysninger, samt personopplysningslovens krav til data og informasjonssikkerhet.⁸³ Når det gjelder andre tiltak uttaler departementet at andre hensiktsmessige tiltak ”kan være å ta spørsmålet systematisk eller regelmessig opp i

⁸¹ Jfr Ot.prp.nr 84 (2005-2006) side 47.

⁸² Ibid side 46.

⁸³ Ibid side 54 og Arbeidstilsynets varslingsveileder side 17.

medarbeidersamtaler, møter, informasjon og drøftelse om hvordan intern kritikk skal håndteres osv”.⁸⁴

Et spørsmål som kan stilles er om arbeidsgiver skal utarbeide rutiner for varsling eller om det er tilstrekkelig å iverksette andre tiltak. Lovgiver uttaler at det i de fleste tilfeller vil ”være naturlig at det utarbeides rutiner” for varsling.⁸⁵ Imidlertid uttales det, at det i visse tilfeller vil være uhensiktsmessig å opprette rutiner for varsling.⁸⁶ Dette vil være tilfellet i virksomheter med få ansatte.

Ut i fra dette kan det hevdes at den enkelte virksomhet som hovedregel skal utarbeide rutiner for varsling, men at kravet kan lempes for små bedrifter. Lovgiver gir ingen begrunnelse for hvorfor det vil være uhensiktsmessig med varslingsrutiner i virksomheter med få ansatte. Men det kan antas at det i en virksomhet med få ansatte vil være et mer åpent arbeidsmiljø med tettere dialog og samhandling mellom de ansatte, enn tilfellet vil være i en virksomhet med mange arbeidstakere. Dette støttes også av teorien når det uttales at utarbeidelse av ”formaliserte rutiner for varsling” vil dermed i noen tilfeller anses for ”unødvendig”, og det vil da være mer hensiktsmessig med for eksempel medarbeidersamtaler der en diskuterer og informerer om hvordan intern kritikk skal håndteres.⁸⁷

Når det gjelder utformingen av bestemmelsen angir den ikke hva rutinene skal inneholde. Spørsmålet som kan stilles er om det burde vært fastsatt visse minstekrav til varslingsrutiner i selve lovteksten. Departementet begrunnet fraværet av minstekrav med at man ”manglet gode empiriske kunnskaper om hvilke faktorer som påvirker

⁸⁴ Jfr Ot.prp.nr 84 (2005-2006) side 54.

⁸⁵ Ibid side 46.

⁸⁶ Ibid side 47.

⁸⁷ Jfr Eggen 2009 side 23 og Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) side 54 .

ytringsfriheten”, og på bakgrunn av dette ønsket man ikke å komme med konkrete krav.⁸⁸

Man kan tolke lovgiver dit hen at man ikke ønsket å blande seg inn i hvordan den enkelte virksomhet konkret velger å utforme rutiner eller tiltak for varsling.⁸⁹ Det er imidlertid stor forskjell mellom det å lage detaljerte krav til hvordan arbeidsgiver skal ivareta sin plikt til å legge til rette for varsling og det å komme med generelle minstekrav som gir henvisning til hva arbeidsgiver som et minimum må ta med. Ved å gi visse minstekrav i selve lovteksten ville lovgiver sikret hensynet til forutberegnelighet ytterligere.

3.2.5 Intern varsling

Arbeidsgiver skal legge til rette for ”intern varsling”. En naturlig forståelse av begrepet ”intern” er at det må være tale om varsling innad i virksomheten. Dette støttes av teorien som uttaler at det skal legges til rette for at ansatte skal kunne varsle til ”kolleger, verneombud, tillitsvalgte, representanter fra ledelsen eller andre i virksomheten”.⁹⁰

Begrepet ”intern” avgrenser arbeidsgivers tilretteleggingsplikt ved at det ikke skal legges til rette for ekstern varsling. Det fremgår av forarbeidene at med ekstern varsling så menes ”uttalelser, opplysninger, dokumenter osv. som gis til media, faglig forum, tilsynsmyndigheter osv. utenfor virksomheten”.⁹¹ Et vidtrekkende tilelle innenfor ekstern varsling er offentlig varsling, der arbeidstaker gjør opplysningene om de kritikkverdige forhold allment kjent.⁹² Det fremgår av forarbeidene at eksempler på offentlig varsling er opplysninger gitt til media, blogging, bruk av hjemmesider og andre kommunikasjonskanaler med en stor og åpen mottakerkrets.⁹³

⁸⁸ Jfr Ot. prp. nr. 84 (2005-2006) side 46.

⁸⁹ Jfr Eggen 2009 side 24.

⁹⁰ Ibid side 37.

⁹¹ Ibid side 37.

⁹² Jfr Gravås 2007, side 213.

⁹³ Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) side 40.

Da § 3-6 skal ses i sammenheng med § 2-4 kan det stilles spørsmålstegn ved hvorfor § 3-6 avgrenses til å gjelde intern varsling mens den ansattes rett til å varsle etter § 2-4 omfatter både ekstern og intern varsling. Lovgiver begrunnet begrensningen med at det ”er det interne ytringsklimaet som skal styrkes” og at det ikke kan være ”arbeidsgivers plikt å legge forholdene til rette” for at arbeidstaker skal kunne varsle utad.⁹⁴

Formålet med § 3-6 er at det skal legges til rette for at den enkelte arbeidstaker skal kunne varsle. Bestemmelsen taler altså om hvem det skal legges til rette for varsling for. Ser en på begrunnelsen til lovgiver kan det hevdes at denne sikter til hvem den enkelte arbeidstaker skal varsle til. I så henseende taler avgrensingen om ”hvor kritikk skal kanaliseres”.⁹⁵

Det kan på bakgrunn av dette hevdes at begrensningen ivaretar hensynet til arbeidsgiver på bekostning av hensynet til arbeidstaker, til tross for at det er hensynet til arbeidstaker som er et av varslingsreglenes fremste hensyn som skal ivaretas. Begrensningen vil og gi signaler til arbeidstaker om at det å varsle eksternt ikke er lov, noe som igjen i hvertfall vil kunne oppfattes som en begrensning i arbeidstakers ytringsfrihet. For arbeidsgiver kan avgrensningen slå uheldig ut dersom arbeidstaker likevel velger å varsle eksternt, og arbeidsgiver må ta saken i media eller med tilsynsmyndighetene, istedenfor å oppklare den internt. Dette vil være spesielt uheldig dersom det dreier seg om forhold og påstander som ikke har hold i virkeligheten.

Hvorfor lovgiver har valgt å avgrense arbeidsmiljøloven § 3-6 på denne måten er uforståelig og ved en eventuell gjennomgang av bestemmelsen bør lovgiver ta stilling til om begrensningen bør utelates.⁹⁶

⁹⁴ Ibid side 46.

⁹⁵ Jfr Eggen 2009 side 44.

⁹⁶ Dette støttes også av Eggen, se Eggen 2009 side 45.

4 Forholdet mellom §§ 3-6 og 3-1

4.1 ”[l] tilknytning til det systematiske helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidet”

Etter arbeidsmiljøloven § 3-6 skal tilretteleggingsplikten for varsling, som påpekt i avsnitt 3.2 og 3.2.3 gjøres ”i tilknytning til det systematiske helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidet”. Spørsmålet er hva det konkret betyr at plikten etter § 3-6 skal gjøres ”i tilknytning” til HMS-arbeidet. Hva betyr denne henvisningen? Og ikke minst hvilke konsekvenser har henvisningen til helse-, miljø- og sikkerhetsbestemmelsen for plikten til å utarbeide rutiner for intern varsling?

4.1.1 Hva ligger i vilkåret

Vilkåret ”i tilknytning til det systematiske helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidet” er vagt, og gir dermed liten veiledning med hensyn til hva som ligger i vilkåret eller hvordan det skal forstås.

En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at plikten til å legge til rette for varsling skal gjøres som en del av det generelle arbeidet med helse, miljø og sikkerhet. I dette ligger at det må ses hen til lovens bestemmelse som omhandler helse, miljø og sikkerhet, på en slik måte at det er de samme avveininger, vurderinger samt metodikk etter § 3-1 og internkontrollforskriften som skal legges til grunn ved opprettelsen av rutiner for varsling. Dette støttes også i teorien når det uttales at ”[k]ravet om at arbeidet med å lage varslingsrutiner eller sette i verk andre tiltak skal gjøres i tilknytning til det systematiske helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidet, innebærer at arbeidsgiver ikke har noen valgtrett med hensyn til fremgangsmåten. Den lovpålagte fremgangsmåten eller prosedyren skal følges”.⁹⁷

Ser en hen til forarbeidene sier disse ikke eksplisitt noe om hva som ligger i vilkåret, men det gis stedvis uttalelser som kan gi føringer for hvordan vilkåret skal forstås. Det uttales fra departementet at de ”foreslår at arbeidsgivers plikter knyttes til

⁹⁷ Jfr Arbeidsrett.no, kommentarer av Aili Stenseth Vatvedt til § 3-6.

virksomhetens systematiske helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid, dvs internkontrollreglene i arbeidsmiljøloven kapittel 3 og forskrift om systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid i virksomheter (internkontrollforskriften)”.⁹⁸ Utsagnet kan tas til inntekt for at det skal gjøres som en del av HMS-arbeidet, noe som igjen vil innebære at det er den samme systematikk som skal legges til grunn. Det uttales imidlertid bare at tilretteleggingsplikten skal skje ”i tilknytning” til helse-, miljø- og sikkerhetslovgivningen. Uttalelsen gir dermed lite konkret veiledning med hensyn til hvordan man skal forstå ”i tilknytning til” HMS-arbeidet.

Det fremgår imidlertid av forarbeidene at det er antatt at ”det kan være nødvendig for å oppfylle kravet i § 3-1, at det lages et system” for hvordan arbeidstakerne kan si i fra om kritikkverdige forhold.⁹⁹ Dette fordi det i reglene til det systematiske helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidet allerede foreligger krav om opprettelse av rutiner som skal sikre at eventuelle mangler og feil knyttet til helse, miljø og sikkerhet avdekkes. Spørsmålet blir dermed om det allerede gjelder en plikt til å opprette rutiner for varsling etter den generelle helse-, miljø og sikkerhetsbestemmelsen i § 3-1, og at det dermed ikke er nødvendig å gå til § 3-6 for å hjemle arbeidsgivers plikt til å legge til rette for at ansatte skal kunne varsle trygt?

Allerede i neste setning uttaler departementet at det gjelder et krav om ”særlige rutiner for varsling” etter § 3-1, jfr. internkontrollforskriften.¹⁰⁰ Lovgiver gir her eksplisitt uttrykk for at det allerede etter § 3-1 skal opprettes varslingsrutiner.

Etter arbeidsmiljøloven § 3-1 andre ledd, bokstav e følger det at det skal ”iverksettes rutiner” slik at overtredelser kan avdekkes, rettes opp og forebygges. Etter samme lovs § 2-3 andre ledd bokstav b og bokstav d skal arbeidstaker som oppdager mangler eller feil som kan medføre fare for liv eller helse og som kjenner til at det forekommer

⁹⁸ Se Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) side 47.

⁹⁹ Ibid side 47.

¹⁰⁰ Jfr Ot.prp. nr 84 (2005-2006) side 47.

mobbing eller trakassering i virksomheten, straks underrette ansvarlige ledere. Det foreligger således en varslings*p*likt for arbeidstaker i saker som gjelder mobbing og trakassering. En ser altså at det allerede etter § 2-3 gjelder et krav om at arbeidstaker skal kunne si i fra om slike kritikkverdige forhold i virksomheten og etter § 3-1 skal rutiner opprettes for at det skal sikres at dette er mulig. Arbeidstakers medvirkningsplikt etter § 2-3 er en forutsetning for arbeidsgivers evne til å sikre HMS etter § 3-1. Dette taler klart i retning av at en ikke trenger å gå til § 3-6 for å finne hjemmel for arbeidsgivers plikt til å tilrettelegge for intern varsling. Kan man med dette si at plikten til å legge til rette for varsling etter § 3-6 dermed bare er en presisering av et krav som allerede følger av lovens § 3-1?

Slik bestemmelsene er utformet, med et krav om iverksettelse av rutiner i tilknytning til HMS-arbeidet, og med plikt for arbeidstaker til å si i fra om kritikkverdige forhold etter § 2-3, gir dette klare indikasjoner på at § 3-6 bare er en presisering av en plikt som allerede følger av § 3-1. Det understrekes fra lovgivers side at tilrettelegging for varsling om brudd på HMS-lovgivningen er ”et kjerneområde” for arbeidsmiljøloven § 3-6.¹⁰¹ Videre støttes dette også eksplisitt av departementet når de uttaler at en ”[u]trykkelig lovfesting av en plikt til å legge forholdene til rette for varsling, vil således til en viss grad være en presisering av plikter som allerede følger av loven.”¹⁰²

På den andre siden fremgår det klart av forarbeidene at § 3-6 har et videre anvendelsesområde enn § 3-1, ved at den gjelder i forhold til ”alle kritikkverdige forhold”, ikke bare risiko i forhold til arbeidsmiljøet. En ser altså her at § 3-6 omfatter det som allerede omfattes av § 3-1, altså varsling om forhold knyttet til helse, miljø og sikkerhet herunder varsling om mobbing og trakassering. I tillegg rekker bestemmelsen videre i og med at § 3-6 skal gjelde alle former for ”kritikkverdige forhold” som for eksempel risiko i forhold til korrupsjon eller fare for liv eller helse til pasienter.¹⁰³

¹⁰¹ Ibid side 47.

¹⁰² Ibid side 47.

¹⁰³ Jfr Ot.prp.nr 84 (2005-2006) side 54.

Bestemmelsen kan dermed forstås som en utvidelse av den generelle HMS-bestemmelsen.

Det er imidlertid ikke alltid lett å dra klare grenser mellom virkeområdet for § 3-1 og § 3-6. Som tidligere nevnt, er formålet med § 3-1 å sikre arbeidsmiljølovens krav til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø. I den forbindelse skal, i henhold til internkontrollforskriften § 5, relevante risikoer kartlegges. I så henseende vil det kunne være vanskelig å avgrense mot for eksempel korrupsjon. Det kan argumenteres for at en organisasjonskultur med for eksempel aksept for korrupsjon og annen utilbørlig atferd lett vil kunne komme til uttrykk gjennom negativ påvirkning av arbeidsmiljøet i en virksomhet. Dermed vil således andre typer ”kritikkverdige forhold” sies å kunne falle inn under det som vanligvis har vært omfattet av det tradisjonelle helse-, miljø- og sikkerhetsbegrepet.

Når det gjelder kritikkverdige forhold som rammer andre, som for eksempel pasienter eller kunder, følger det av internkontrollforskriften at de virksomheter som berører både arbeidstakere, brukere/pasienter og kunder vil ha ”ansvar for helse, miljø og sikkerhet” for disse gruppene.¹⁰⁴ Dette kan reguleres av flere lover samtidig, men det er på det rene at internkontrollen må inkludere alle lovene slik at ansatte og brukere blir omfattet.¹⁰⁵ Et eksempel vil være en skole der produktkontrollen tar for seg sikkerheten til elevene, mens arbeidsmiljøloven dekker arbeidstakerne. En ser dermed at det etter HMS-lovgivningen er krav om at det skal legges til rette for varsling i forhold til liv og helse til pasienter og andre grupper, noe som lovgiver mener at skal følge av § 3-6 fordi den skal rekke videre. Noe det kan stilles spørsmål ved om bestemmelsen gjør. Det kan se ut som om lovgiver her bare har ”slenget på” vilkåret ”i tilknytning til”, noe de også antyder når de sier at det er hensynet til konsistent språkbruk som er grunnlaget for at ”i

¹⁰⁴ Jfr Kommentarer til forskrift om helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid i virksomheter (internkontrollforskriften), kommentar til § 4, side 6, i Internkontrollforskriften.

¹⁰⁵ Ibid.

tilknytning til det systematiske helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidet” benyttes.¹⁰⁶ Dette tilsier at lovgiver strengt tatt ikke mente at vilkåret hadde noen selvstendig betydning som gjorde at det var nødvendig å innta i § 3-6.

En samlet vurdering av forarbeidene tilsier at den viktigste funksjonen til § 3-6 er å være en presisering av krav som allerede må sies å følge av den generelle HMS-bestemmelsen i § 3-1. Dette innebærer blant annet at de krav som § 3-1 setter til metodikken for risikoanalyse, etablering av rutiner og internkontroll for etterlevelse av disse samt sikring av dokumentasjon innenfor HMS, også vil måtte følges ved etterlevelse av arbeidsgivers ansvar for å tilrettelegge for intern varsling etter § 3-6. Noe annet ville ha formodningen mot seg.

Et annet moment som kan kaste lys over hvordan dette vilkåret skal forstås, er plasseringen av bestemmelsen. Arbeidsmiljøloven § 3-6 er plassert i lovens kapittel 3. Som påpekt tidligere, regulerer kapittelet hvordan kravet om et fullt forsvarlig arbeidsmiljø skal ivaretas. Det kan argumenteres med at § 3-6 sitt krav om tilrettelegging for intern varsling er å anse som et arbeidsmiljøkrav. I og med at den setter krav til arbeidsmiljøet er det dermed naturlig at § 3-6 må ses i samsvar med de andre reglene som gjelder arbeidsmiljøet, ikke minst hovedbestemmelsen i kapittel 3, § 3-1. Dette er understreket av lovgiver med uttalelsen som nevnt ovenfor, om at bestemmelsen handler om HMS.¹⁰⁷ Dette vil igjen føre til at arbeidet med å legge til rette for varsling må og skal ha ”like stort fokus som en hvilken som helst annen arbeidsmiljøfaktor i virksomheten”.¹⁰⁸ Dette vil igjen si at § 3-6 også er å anse som et virkemiddel for å oppnå et fullt forsvarlig arbeidsmiljø. Dette taler i retning av at § 3-6 er å anse som en del av det generelle HMS-arbeidet.

¹⁰⁶ Jfr Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) side 47.

¹⁰⁷ Jfr også Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) side 47.

¹⁰⁸ Jfr Arbeidsrett.no, kommentarer til § 3-6 ved Ailo Stenseth Vatvedt.

Ved å anse § 3-6 som en av reglene som gjelder for å sikre et forsvarlig arbeidsmiljø, kan det argumenteres for at de krav til metodikk som gjelder i henhold til § 3-1, jfr. internkontrollforskriften, må være de samme også ved etterlevelse av § 3-6. Det ville ha formodningen mot seg om en bestemmelse som er plassert i kapittelet om virkemidler for arbeidsmiljøet, der § 3-1 setter krav til en viss metodikk for hvordan arbeidsmiljøet skal sikres, at ikke også § 3-6 skal følge denne metodikken. Som nevnt ovenfor under avsnitt 3.1.2 kalles denne lovgivningsteknikk for semi-selvregulering; regulering om selvregulering. Denne reguleringsteknikken har som formål, muliggjør samt forutsetter at det utformes interne regelverk etter § 3-6 som speiler risikoforholdene i den enkelte virksomhet, akkurat som HMS-reglene for øvrig. I så henseende taler dette sterkt i retning av at § 3-6 inngår som en del av det generelle helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidet.

Ser en hen til de formål og hensyn som bestemmelsene skal ivareta, kan de sies å kaste lys over hvordan vilkåret skal forstås.

Som gjort rede for under avsnitt 2.3, skal arbeidsmiljøloven § 3-1 sikre et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, herunder et inkluderende arbeidsliv, og hensynet til den enkelte arbeidstaker ved å stille krav til helse-, miljø og sikkerhet. Da det og skal tas hensyn til psykiske faktorer for å oppnå dette formålet, må loven ses i sammenheng med samme lovs § 4-3, som setter krav til arbeidsgivers ansvar for det psykososiale arbeidsmiljø. Etter bestemmelsen skal arbeidstakerne sikres mot ”trakassering” og ”annen utilbørlig opptreden”. Mobbing og trakassering er sågar underlagt varslingsplikt. Det følger av teorien at bestemmelsen skal ha en vid betydning og dekke alle former for krenkelser.¹⁰⁹ Samlet sett er det i det hele tale om å ivareta hensynet til en sunn organisasjons- og arbeidskultur for arbeidstakerne i virksomheten.

Arbeidsmiljøloven § 3-6 skal, som påpekt tidligere, blant annet sikre en reell varslingsrett etter § 2-4, jfr § 2-5. Mobbing og trakassering kan sies å være typiske

¹⁰⁹ Jfr Pettersen/Sønsteli Johansen 2009, kommentar til § 4-3, side 71.

gjengjeldelseshandlinger overfor den som har varslet om kritikkverdige forhold i virksomheten. Tilrettelegging etter § 3-6 må ha dette for øyet, og bestemmelsen har som formål å være konfliktdempende og verne mot represalier. Ytringskultur og tilrettelegging for at det skal kunne varsles om kritikkverdige forhold i virksomheten handler om det psykososiale arbeidsmiljøet.¹¹⁰ En snever ytringskultur eller fraværende ytringsrett vil ikke bare være i strid med lovfestede rettigheter om ytringsfrihet og varslingsrett, ”men også kunne være en fare for sikkerheten, miljøet og den enkeltes helse”.¹¹¹ Dette taler for at bestemmelsene må ses i sammenheng.

Samlet ser en her hvordan arbeidsgiveransvaret kan være forankret i ulike bestemmelser som alle har betydning for arbeidsmiljøet. Det blir dermed vanskelig å trekke opp klare grenser mellom de tre bestemmelsene som omhandler varsling; og det er derfor problematisk om de ulike bestemmelsene har ulike anvendelsesområder.¹¹²

På bakgrunn av ovennevnte momenter, kan det hevdes at § 3-6 kun er en spesifikasjon av det arbeidsgiveransvaret som allerede følger av § 3-1, og at bestemmelsen er et verktøy for å sikre et forsvarlig arbeidsmiljø, som må forstås på lik linje med de øvrige bestemmelsene som skal bidra til dette ved hjelp av en metodikk som for øvrig gjelder for det generelle HMS-arbeidet.

Uavhengig av hvilken bestemmelse man følger, er det på det rene at lovgivningen stiller krav om at arbeidsgiver skal legge til rette for at arbeidstakere skal kunne varsle trygt uten frykt for represalier. Med tanke på at § 3-6 har en eksplisitt henvisning til det generelle HMS-arbeidet, legges det herved til grunn at ved utarbeidelse av rutiner for varsling skal de samme vurderinger og den samme metodikk som følger av arbeidsmiljøloven § 3-1 legges til grunn.

¹¹⁰ Jfr www.arbeidsrett.no, kommentarer til § 3-6 av Aili Stenseth Vatvedt, note 5.

¹¹¹ Ibid.

¹¹² Se avsnitt 4.1.3, der jeg går nærmere inn på anvendelsesområdet.

4.1.2 Hvorfor to bestemmelser?

Dersom arbeidsmiljøloven § 3-6 er en bestemmelse som i det vesentlige kun slår fast krav som allerede følger av samme lovs § 3-1, blir spørsmålet hvorfor lovgiver har oppstilt en særskilt bestemmelse for regulering av plikten til å legge til rette for varsling?

Departementet ga som begrunnelse for at man ønsket å skille de to bestemmelsene, som påpekt ovenfor, at § 3-6 skulle rekke videre enn § 3-1 og ikke bare gjelde risiko i forhold til helse, miljø og sikkerhet, men gjelde alle ytringer om kritikkverdige forhold. Dette kan tas til inntekt for at lovgiver ønsket å skille mellom de to bestemmelsene da det kan hevdes at det er tale om to ulike områder; varsling versus helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid. Bakgrunnen kan synes å være at varslingsfenomenet og dets forståelse er nytt, og den tradisjonelle forståelse for HMS omfatter ikke dette fenomenet. Dermed vil en slik egen bestemmelse også være nyttig og riktig.

Som jeg har vist ovenfor er det imidlertid vanskelig å trekke klare grenser mellom de to bestemmelsene. Det kan hevdes at § 3-6 ikke rekker særlig mye lenger enn den alminnelige HMS-bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 3-1, og ikke minst at plikten til å legge til rette for varsling har som mål å sikre et godt arbeidsmiljø, og kravene til et godt arbeidsmiljø fastsettes i § 3-1, jfr § 4-1. Hvordan skal man da tolke lovgiver?

Noen videre begrunnelse ble ikke gitt. Det synes som om lovgiver ikke i tilstrekkelig grad har avklart forholdet mellom de to bestemmelsene. Lovgiver har sågar opptrådt inkonsekvent ved blant annet å uttale at det er ut i fra ”hensynet til konsistent språkbruk, jfr § 3-4” at vilkåret ”i tilknytning til” HMS-arbeidet er anvendt. En slik uttalelse synes å gi uttrykk for at lovgiver bare har ”slenget på” vilkåret uten å tenke over de konsekvenser dette var ment å skulle få.

4.1.3 Anvendelsesområdet – Hvem skal det legges til rette for varsling for?

Henvisningen i lovteksten gir, som påpekt ovenfor, føringer for at § 3-6 er en del av det generelle helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidet. Ved at bestemmelsen er å anse som et av flere virkemidler som skal sikre et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, oppstår spørsmålet om hvem det skal legges til rette for varsling for?

Etter §3-1 er det hensynet til ”arbeidstakers” helse, miljø og sikkerhet som skal ivaretas. Spørsmålet er hva som ligger i begrepet arbeidstaker. En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at det må være tale om en person som er ansatt i en bedrift og utfører arbeid der. I arbeidsmiljøloven § 1-8 første ledd defineres en arbeidstaker som ”enhver som utfører arbeid i en annens tjeneste”. Etter juridisk teori må det under dette tas stilling til om det foreligger en arbeidsavtale som forutsetter at vedkommende skal stille sin arbeidskraft til disposisjon og at det er arbeidsgiver som skal ha instruksjonsrett og risiko for arbeidsresultatet.¹¹³

Slik bestemmelsen er utformet synes den utelukkende å gjelde for arbeidstakere som er ansatt i virksomheten, og med dette at den bare skal sikre de som er i virksomhetens tjeneste.

Arbeidsmiljøloven § 2-2 stiller imidlertid krav til arbeidsgivers plikter overfor andre enn egne arbeidstakere. Det følger av bestemmelsen at når andre enn virksomhetens egne ansatte, slik som innleide og selvstendige, ”utfører arbeid i tilknytning til arbeidsgivers aktivitet eller innretning” skal arbeidsgiver sørge for at ”også andre enn egne arbeidstakere er sikret et fullt forsvarlig arbeidsmiljø”, jfr § 2-2 første ledd.

En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at det er tale om ansvar overfor alle som utfører arbeid i tilknytning til arbeidsgivers virksomhet. Dette støttes også av forarbeidene som uttaler at bestemmelsen skal gjelde alle ”som utfører arbeid, uavhengig av arbeidsrettslig status”.¹¹⁴

HMS-regelverket gjelder med dette alle, både ansatte, innleide eller andre som har en tilknytning til virksomheten. Det er et krav om at alle skal ha det både fysisk og psykisk godt på jobben. Etter arbeidsmiljøloven § 3-1 har alle vern, uavhengig om en er innleid, selvstendig eller ansatt i selve bedriften.

¹¹³ Jfr Jakhell 2007 kapittel 1, avsnitt 1.2.2.

¹¹⁴ Jfr Ot.prp. nr 49 (2004-2005) side 303.

Etter arbeidsmiljøloven § 3-6 skal det legges til rette for varsling om kritikkverdige forhold i virksomheten i samsvar med § 2-4. Spørsmålet i denne sammenheng er hvem det, etter § 3-6, skal tilrettelegges for varsling for. Det må her ses hen til § 2-4 for å se hvem bestemmelsen gjelder for.

Etter § 2-4 er det arbeidstakerne som har en rett til å varsle. Som sagt ovenfor er en arbeidstaker ”enhver som utfører arbeid i en annens tjeneste”, jfr aml. § 1-8 første ledd. I dette ligger at en må være ansatt i virksomheten for å få det vernet som § 2-5 gir. Dette vil igjen begrense adgangen for andre tredje parter fra å varsle. Med andre ord; varsling om kritikkverdige forhold er begrenset til virksomhetens egne ansatte. Ved at § 3-6 skal legge til rette for varsling i samsvar med § 2-4 er det i utgangspunktet virksomhetens egne ansatte det skal legges til rette for varsling for.

Arbeidsmiljøloven § 3-6 synes dermed å innskrenke det personellmessige virkeområdet i forhold til den generelle regelen i § 3-1. En slik tolkning avskjærer andre, som ikke faller inn under det tradisjonelle arbeidstakerbegrepet, men som også kan ha en sterk tilknytning til virksomheten, fra å varsle. Det vil kunne være en utfordring i for eksempel mobbing og trakasseringssaker som kan være både årsak og konsekvens av varsling. Det blir da avgjørende om forholdet kan plasseres inn under vilkårene for varslingsplikt i § 2-3 jfr § 2-2 dersom man ikke er vanlig arbeidstaker. I og med det nære slektsskapet mellom § 3-1 og § 3-6 kan en slik innskrenkning være vanskelig å legge til grunn.

Spørsmålet er om arbeidstakerbegrepet i § 3-6 dermed bør tolkes utvidende?

Det vil være uheldig om de ulike bestemmelsene som omhandler både arbeidsmiljø og varsling omfatter ulike personalgrupper. Dersom arbeidsmiljøloven § 3-6 skal forstås som en av reglene som har som formål å ivareta arbeidsmiljøet, så kan det argumenteres med at § 3-6 også må gjelde overfor de personalgrupper som omfattes av det alminnelige arbeidsmiljøansvaret. Et felles personellmessig anvendelsesområde ville klart styrke hensynet til forutberegnelighet, og dermed sikre en klar rettstilstand. Intensjonen bak varslerbestemmelsene, slik den blant annet er uttrykt i korrupsjonskonvensjonen vil svekkes om ikke alle relevante insidere - som står i en

tilnærmet lik posisjon til å varsle, har et tilstrekkelig vern, herunder at de også omfattes av arbeidsgivers interne rutiner for varsling.

Samlet sett tilsier dette at arbeidstakerbegrepet i § 3-6 bør tolkes utvidende til også og omfatte andre personellmessige grupper.

En ser her at forholdet mellom de ulike bestemmelsene som skal sikre et forsvarlig arbeidsmiljø ikke er avklart. Regelverkene behandles ulikt, og reglens utforming tyder på at lovgiver ikke har vært bevisste i sine valg av ordlyd. Dette underbygges av at heller ikke forarbeidene sier noe om årsaken til den personellmessige begrensningen i § 3-6. Dette er betenkelig, og gir klare signaler om at det er behov for en gjennomgang av regelverket.

4.1.4 Arten av regelverket

Ser en hen til den metodikk som det generelle helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidet legger til grunn, følger det som påpekt tidligere, at loven definerer bestemte formål som virksomheten skal etterleve og ivareta. Dette forutsetter selvregulering.

Et av de viktigste formålene med denne reguleringsteknikk er å sikre hensynet til effektivitet – ved en detaljregulering skal det foretas inngående inspeksjoner, noe som vil være resursskrevende. Virksomhetene sitter med ekspertise og informasjon slik at en dermed kan utnytte dette og la virksomheten selv opprette interne regelverk og påse at de følger de lover og regler som lovverket setter. Det vil jo uansett føres kontroll/tilsyn via datatilsynet, arbeidstilsynet, petroleumstilsynet. Videre vil det og være mer effektivt å foreta løpende endringer i de interne regelverkene sammenlignet med det å gjennomføre lovendringer.

Et annet formål er å sikre hensynet til fleksibilitet. Det er vanskelig å gi detaljerte regler på noen områder som passer for alle virksomheter. Når de regulerer seg selv, så er virksomhetene nære nok i sine konkrete forhold til å kjenne sin egen virkelighet best.

Det er ikke tvilsomt at det er bra at en skal foreta riskovurdering og implementere et dokumenterbart internkontrollsystem ved opprettelse av rutiner for varsling. Det er jo på det rene at den tradisjonelle lovgivningsteknikk vil kunne påvirke effektiviteten og den

kan til tider oppleves som overdreven og lite fleksible. Videre at desto mer teknisk og detaljregulert lovgivningen er, jo større kan risikoen bli for å skape kreativ etterlevelse av loven ved bruk av smutthull, og at viljen til selvregulering kan bryte ned. De sentrale hensyn og formål som §3-6 skal ivareta, særlig hensynet til foruberegnelighet, blir stilt i skyggen. Dette vil igjen gå utover den påvirkningskraft og den viktigheten som §3-6 står for.

Sett fra et varslingsperspektiv, kan imidlertid dette ha en motsatt effekt. Slik lovverket nå er, og da med tanke på usikkerheten om hvordan lovverket skal forstås, vil en viss detaljregulering være bedre enn en åpen henvisning; ”i tilknytning til” HMS. Ved fravær av minstekrav, og med et for stort fokus på selvregulering, kan man få en bestemmelse som er svært skjønnsmessig og således lite forutsigbar. Selvreguleringen vil klart kunne opprettholdes uavhengig av visse minstekrav i § 3-6, samtidig som man vil sikre hensynet til forutberegnelighet, som her vil måtte veie tyngre.

4.2 Nærmere om kravene til metodikk ved tilrettelegging for varsling

4.2.1 Innledning

Det at plikten til å legge til rette for varsling er å anse som en del av det systematiske helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidet, medfører at det er de samme vurderinger og den samme metodikk, som følger av § 3-1, jfr internkontrollforskriften, som skal legges til grunn. I det følgende skal jeg redegjøre for konsekvensene av at opprettelsen av rutiner for varsling etter arbeidsmiljøloven § 3-6 skal følge den samme metodikk som arbeidsmiljøloven § 3-1, jfr internkontrollforskriften gir anvisning på.¹¹⁵

4.2.2 Risikovurdering og etablering av rutiner

For det første skal det, som redegjort for ovenfor i avsnitt 3.1.1, etter § 3-1 foretas en risikovurdering. I dette ligger at arbeidsgiver skal identifisere konkrete virksomhetsrelaterte risikoer av betydning for helse, miljø og sikkerhet.

¹¹⁵ Metodikken er det gjort rede for under avsnitt 3.1 i oppgaven.

Etter § 3-6 er det, som nevnt tidligere, risikoer i forhold til *alle* kritikkverdige forhold som kan oppstå i en virksomhet. Ved utforming av rutiner for varsling er det dermed de konkrete risikoforholdene i den enkelte virksomhet som skal gjenspeiles.

Følgene dette får, er at rutinene som skal utformes vil se ulike ut alt etter hvilke virksomhet det er tale om og de konkrete risikoforholdene der. Engelsk rett har rettsregler for varsling med store likhetstrekk til våre regler.¹¹⁶ I engelsk teori er det uttalt om interne regelverk for varsling at: "[p]olicies must therefore be tailored specifically for the particular organization, taking into account its structure and functions".¹¹⁷ Prinsippet må kunne legges til grunn også her. Det er klart at hva som vil være ansett som risikofaktorer i en virksomhet ikke nødvendigvis vil være det i en annen. På et sykehjem vil for eksempel risikoforholdene være blant annet feilmedisinering, feilernæring, depresjon og underslag av medisiner. I en bank derimot, vil det være tale om risiko for blant annet hvitvasking, korrupsjon, underslag og identitetstyveri. Rutinene for hvordan en skal håndtere varsling på sykehjemmet vil dermed måtte se annerledes ut enn rutinene i banken.

Klare og konkrete rutiner vil dermed sikre "that focus is given to specific interests" slik at de kritikkverdige forhold kan avdekkes.¹¹⁸

Kravet om internkontroll og risikovurdering er en dynamisk prosess. Innenfor den rettslig definerte rammen, må selskapene selv kontinuerlig evaluere, revidere og implementere sine interne regelverk på bakgrunn av den erfaring selskapet gjør. I dette ligger at virksomheten må påse at systemene til enhver tid oppfyller kravene i medhold av lov, samt at det står i forhold til de risikoer som befinner seg i virksomheten. Dersom

¹¹⁶ Se Public Interest Disclosure Act 1998. Loven gir et særlig oppsigelsesvern for personer som oppdager kritikkverdige forhold i virksomheten.

¹¹⁷ Jfr Bowers 2007 side 389.

¹¹⁸ Ibid side 389.

risikoforholdene endrer seg, må man vurdere om det bør medføre endringer og gjennomføre endringer, dersom det er ansett som nødvendig.

Spørsmålet som kan stilles i denne sammenheng er hvordan man skal forholde seg til salg og kjøp av standard varslingsløsninger. Det har i de senere år vokst frem en bransje som driver med salg av standardløsninger, der virksomheter kan betale en viss sum og få en tjeneste som skal hjelpe bedriftene å oppfylle arbeidsmiljølovens krav på området. I så henseende er det viktig å få frem at virksomheter ikke ukritisk kan etablere standardløsninger uten å forankre disse i virksomhetsrelaterte risikovurderinger. Det synes imidlertid å være en tendens i retning av at leverandørene av slike tjenester har fått forståelsen for denne mekanismen.¹¹⁹ Dette tyder igjen på at det er en viss kompetansemessig utvikling i markedet. Imidlertid er bransjen ikke helt i mål ved at tjenestene som tilbys, som for eksempel en kartlegging av virksomhetens risikoer, i flere tilfeller foretas ut i fra telefonsamtaler med konsulentfirmaets HMS-rådgivere. Det kan argumenteres for at dersom risikovurderingen og kartleggingen skal foregå via telefonsamtaler, er det en fare for at viktige risikofaktorer kan bli glemt eller ikke tilstrekkelig kartlagt.

4.2.3 Krav om dokumentasjon

I arbeidsmiljøloven § 3-6 er det ikke nedfelt et krav om skriftlighet. Det er imidlertid i forarbeidene til § 3-6 uttalt at de rutiner som opprettes ”bør være skriftlige”, men det er ikke et lovfestet krav.¹²⁰ Det gjelder et lovfestet og absolutt krav om dokumentasjon av virksomhetens helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid.¹²¹ Dermed vil varslingsrutiner måtte nedfelle skriftlig.

Spørsmålet som oppstår er hvor omfattende kravet til dokumentasjon er. Etter § 3-1 og internkontrollforskriften gjør det seg gjeldende et forholdsmessighetskrav i forhold til

¹¹⁹ Se www.holtebyggsafe.no og <http://www.glomdalhms.no>.

¹²⁰ Jfr Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) punkt 8.4.3.

¹²¹ Jfr oppgavens punkt 3.1.3.

dokumentasjonskravet. Dette innebærer at dokumentasjonen av varslingsrutinene vil måtte avpasses etter virksomhetens art, risikoforhold, aktiviteter og størrelse.¹²²

5 Avslutning

5.1 Er rettstilstanden tilstrekkelig klarlagt?

Oppgavens forutgående drøftelser viser at tilrettelegging for varsling er et komplekst tema. Rettskildene er til tider inkonsekvente og uklare.

Ut i fra de hensyn som arbeidsmiljøloven § 3-6 er ment å ivareta, og ved å fastslå en bestemmelse om arbeidsgivers plikt til å legge til rette for varsling, tilsier dette at lovgiver har ønsket å gi uttrykk for at varsling er noe alle arbeidsgivere skal ta på alvor, og at samfunnet trenger at noen gir beskjed om situasjoner og hendelser som ikke er i tråd med verken lov eller samfunnsetiske retningslinjer. Slik bestemmelsen er utformet, og på bakgrunn av denne oppgaven, kan det hevdes at § 3-6 får en helt annen betydning enn det lovgiver i utgangspunktet nok hadde tenkt seg.

Dersom det legges til grunn en tolkning om at § 3-6 er å anse som en del av det generelle HMS-arbeidet, vil man ytterligere kunne omgå plikten til å tilrettelegge for varsling. Dette fordi mange arbeidsgivere da vil tenke at vi har gode regler for HMS, og dermed vil vi være sikret med det. Dette viser igjen behovet for å angi visse konkrete minstekrav i selve lovteksten, og ikke minst at vilkåret gjør bestemmelsen ytterligere uklar.

Arbeidsmiljøloven §3-6 kan ikke sies å tilstrekkelig klarlegge rettstilstanden og tilstrekkelig øke bevisstheten hos arbeidsgiver, forutberegneligheten til arbeidstaker ei heller forebygge at ukulturer dannes. Med andre ord får den ikke frem viktigheten av at

¹²² Jfr Internkontrollforskriften § 5.

man har et system for varsling i virksomheten. Dette vil gå på bekostning av varsleren, ved at man dermed ikke vil kunne ivareta denne tilstrekkelig. Dermed vil ansatte vegre seg for å varsle, og det vil bli vanskeligere å oppdage og forebygge kritikkverdige forhold.

Det må fremheves at § 3-6 bør fungere som en bestemmelse med klare retningslinjer for hvordan et varslingssystem skal fungere. Uten en ny omformulering av bestemmelsen kan det hevdes at § 3-6 ikke sier mer enn § 3-1 gjør. Så lenge bestemmelsen ikke gjør det så mener jeg at en gjennomgang av reglene er påkrevd.

5.2 Domstolenes påvirkning av forståelsen av § 3-6

I rettspraksis har det versert flere saker som omhandler temaet varsling. I ”Sandviken Sykehus”-dommen gikk arbeidstaker til sak mot sin arbeidsgiver, Sandviken Sykehus. Bakgrunnen for søksmålet var at arbeidstakeren hevdet seg utsatt for en gjengjeldelseshandling i etterkant av flere ulike episoder der han hadde varslet om forhold han mente var ulovlige og uholdbare ved virksomheten.¹²³ Saksøker tapte saken

En annen sak som har vært oppe i rettsapparatet er ”Sensur”-dommen.¹²⁴ Saken gjaldt krav om oppreisning som følge av ulovlig gjengjeldelse etter varsling. Professor mente at det var feil ved en sensur av en hans students masteroppgave. Han utarbeidet et notat om dette og ga det til studenten, som sendte det videre. Retten anså ikke dette for å være forsvarlig varsling. Professoren sendte også brev til universitetets ledelse. Professoren hadde fått muntlig tilvisning mv av fakultetet. Lagmannsretten fant ikke at dette var en ulovlig gjengjeldelse. Professoren fikk ikke medhold i sitt krav om oppreisning.

¹²³ Se TBERG-2007-136244.

¹²⁴ Se LB-2009-70215.

Det ble ikke i noen av dommene stilt spørsmål om hvorvidt arbeidsgiver hadde lagt til rette for varsling etter § 3-6. De tre varslerbestemmelsene skal samlet ivareta varslervernet. Som påpekt i avsnitt 2.2.1, er et av formålene med § 3-6 å legge til rette for en kultur for varsling. Dette vil igjen styrke den reelle varslingsretten etter § 2-4. I og med at bestemmelsen pålegger arbeidsgiver en konkret forpliktelse i forhold til egne ansatte, må rettsanvendere, og da spesielt domstolen la det gå utover arbeidsgiver dersom denne ikke har etterlevd sin plikt. Det er på det rene at varsling i henhold til virksomhetens regelverk alltid vil være forsvarlig. Bestemmelsen skal jo nettopp styrke forutberegneligheten i varslingssituasjoner for både arbeidstaker og arbeidsgiver. I saker der det foreligger tvil med henhold til om arbeidstaker har varslet ”forsvarlig” bør derfor retten vektlegge hvorvidt arbeidsgiver har ivaretatt sin plikt eller ei. Særlig vil dette være viktig dersom det synes klart at spørsmålet om hvordan arbeidstaker gikk fram, til hvem det ble varslet etc., ville ha vært et spørsmål som naturlig kunne ha vært klargjort i et internt regelverk. En arbeidstaker som har handlet i aktsom god tro ut i fra forholdene, bør ikke rammes av noe arbeidsgiver plikter å avklare.

Det er bemerkelsesverdig at hvorvidt arbeidsgiver har overholdt sin tilretteleggingsplikt etter § 3-6 aldri har vært et tema i rettspraksis. Det er grunn til å anta at rettsutviklingen vil måtte fokusere mer på denne koblingen dersom § 3-6 skal få sin betydning i forhold til å effektivisere selve varslingsretten etter § 2-4, samt for å kunne ivareta hensynene bak § 3-6 tilstrekkelig. Dette vil igjen kunne øke fokuset og interessen i forhold til å drive rettsutvikling i forhold til tolkningen av hva vilkårene i § 3-6 faktisk innebærer.

5.3 Behov for evaluering av varslingsinstituttet?

Helt frem til desember 2010 var det ikke noe som tilsa at det forelå et initiativ til å evaluere varslingsinstituttet, dette til tross for at lovgiver selv klart har forutsatt at en evaluering av bestemmelsene bør foretas ”noen år etter at de har trådt i kraft”.¹²⁵

¹²⁵ Se Innst. O. nr. 6 (2006-2007) side 11.

Torsdag 2.desember ble det imidlertid fra et samlet Storting opplyst om at man vil gå inn for en gjennomgang av regelverket.¹²⁶ Det er delte meninger for når denne evalueringen skal gjennomføres. Opposisjonen vil ha dette gjennomført i løpet av 2011, mens regjeringspartiene mener det ”får holde om en evaluering blir gjennomført innen utgangen av denne stortingsperioden, altså innen 2013”.¹²⁷

Dette kan sies å være et stort steg i riktig retning og jeg stiller meg bak dette forslaget. Med tanke på hvor inkonsekvent og uklart regelverket er, vil den gjennomgang som nå er ønsket fra Stortingets side være nødvendig.

6 Litteraturliste

Lover:

Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

Forarbeider:

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005)

Ot.prp. nr. 84 (2005-2006)

St.meld. nr. 26 (2003-2004)

NOU 2004: 5

Innst. O. nr. 6 (2006-2007)

Forskrifter:

Forskrift om systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid i virksomheter (internkontrollforskriften) med kommentarer.

¹²⁶ <http://www.aftenposten.no/jobb/article3931083.ece>.

¹²⁷ Ibid.

Dommer:

TOSLO-2004-99016

TBERG-2007-136244

LB-2009-70215

Litteratur:

Gravås 2007

Aud Kinsarvik Gravås, "Forsvarlig varsling" i Arbeidsrett vol. 4 nr. 4 2007

Bowers mfl 2007

John Bowers, Martin Fodder, Jeremy Lewis og Jack Mitchell, "Whistleblowing Law and Practice", Oxford University Press, 2007.

Parker 2002

Christine Parker, "The Open Corporation Effective Self-regulation and Democracy", Cambridge, 2002.

Jakhelln 2007

Henning Jakhelln, "Oversikt over arbeidsretten", 4.utgave 2006, 2.opplag 2007.

Vigerust 2007

Elisabeth Vigerust, "Arbeidstakeres varsling om kritikkverdige forhold. Nye regler i arbeidsmiljøloven" i Arbeidsrett vol. 4 nr. 2 2007.

World Health Organization

www.who.int/about/definition/en/print.html/

Aune mfl (red.) 2009

Helga Aune, Ole Kristian Fauchald, Kåre Lilleholt, Dag Michalsen (red) "Arbeid og rett Festskridt til Henning Jakhellns 70-årsdag", 1. utgave, Cappelen Damm AS 2009

Jakhelln/Aune: Arbeidsrett.no

www.arbeidsrett.no med kommentarer

Skivenes/Trygstad 2006

Marit Skivenes og Sissel C. Trygstad "Varslere Om arbeidstakere som sier ifra!", Oslo 2006

Jakhelln 2004

Henning Jakhelln, "Ytringsfrihet i arbeidsforhold" i TemaNord 2004:509 – Ytringsfrihet og konstitusjonelt vern, s. 47-128, 2004

Direktoratet for arbeidstilsynet

<http://www.arbeidstilsynet.no/>

Vonger/Iversen 2007

Britt Vonger og Jan Iversen "Juridisk Risikostyring i Kommuner", 1.udgave, København 2007.

Pettersen/Sønsteli Johansen 2009

Børre Pettersen og Atle Sønsteli Johansen "LOV OM ARBEIDSMILJØ, ARBEIDSTID OG STILLINGSVERN MV. (arbeidsmiljøloven)", 3.utgave, Oslo 2009

Jakhelln/Aune 2007

Henning Jakhelln og Helga Aune, "Arbeidsmiljøloven 2005 – en introduksjon", 2.utgave, Oslo 2007.

Eggen 2009

Magnhild Eggen, "Arbeidsgivers tilrettelegging for varsling" i Arbeidsrett vol. 6 nr. 1 2009

